D I R I T T O

Dell' Illuſtre Duca di Caſtelluccio

Alla ſucceſſione Conſuetudinaria nella metà de' beni paterni

D E L

Duca di S. Demetrio D. Vincenzo Arcamone.

Giovan Francefco Caracciolo
Duca di Caftelluccio

Giufeppantonio

Giovan Francefco

Vittoria maritata
a
Filippo Arcamone

Niccola

Vincenzo

LA morte del Duca di S. Demetrio D. Vincenzo Arcamone, avvenuta in Febbrajo del 1798. senza lasciar di se prole, dà causa alla presente contesa. La di lui madre D. Clelia Caracciolo, ostentando in suo pro il testamento in iscritto del defunto figliuolo, contro cui un giudizio di nullità tuttavia pende nella G. C. (1), nè contenta di avere la metà de' beni, de'

A qua-

(1) Il testamento non fu dal testatore sottoscritto, secondochè la L. *Hac consultissima C. de testamentis* impone. Si supplì ad un tal difetto per mezzo del sottoscrittore, ma i testimonj testamentarj non dissero il perchè. La legge dispensa il testatore dalla sottoscrizione, e lo abilita a sostituire un'altra persona, sol quando non può; o non sappia scrivere : *si nequeat*, *vel litteras ignoret.* Tre testimonj testamentarj hanno attestato, che il testatore disse di non potere, perchè non vedeva per lo vajuolo, che gli avea gonfie, e ricoperte le palpebre degli occhi. Ciò essendo, il testamento doveva esser nuncupativo, allor che il testatore veder non poteva quel, che nel testamento era scritto. Alcuni attestati dall'erede scritta prodotti lo dicon di perfetta vista, ed in istato di potere, se avesse voluto scrivere. Adunque o non vedeva, o veder non voleva; cioè o non poteva sottoscrivere per cagion della vista, o trovò un tal pretesto per non sottoscrivere, ed in ogni caso il testamento fatto è nullo, perchè non sottoscritto da colui, che pote-

quali suo figlio potea disporre, aspira anche a strappar di mano, ad onta de' di lei capitoli matrimoniali contratti secondo l'uso di Capuana e Nido, al Duca di Castelluccio D.Gio. Francesco Caracciolo, zio cugino paterno, ed unico propinquo al defunto *ex parte patris*, l'altra metà de' beni antichi, che le patrie Consuetudini gli han serbata.

Un sì avaro pensiero la mena a dire, che il Duca di Castelluccio non sia nell'ordine de' paterni congiunti del defunto Duca D. Vincenzo, ed a sostenere, ch'ella, non ostante la sua rinuncia, colla quale si tolse fuori dell'ordine de' legittimi successori di suo figlio ne' beni a costui pervenuti dal padre, possa ritornarvi; e che lo stesso testamento del figlio abbia tale virtù, che ve la riconduchi, facendo tacere le Consuetudini, le quali vietano al nostro cittadino di poter disporre di tutto l'asse antico.

Quanto sì fatte proposizioni siano irragionevoli, ed assurde, sia or nostra cura il dimostrare; per la qual cosa esamineremo in prima, qual sia il dritto di prossimità, che il Duca di Castelluccio in questa successione rappresenta; e quindi con ogni evidenza proveremo, che la Duchessa D.Clelia, esclusa, mercè la sua rinuncia, dall'ordine de'successori legittimi, non può alla metà Consuetudinaria de' beni paterni del defunto in forza del di costui testamento aspirare.

PAR-

---

teva. In tai termini è la causa della nullità del testamento, che nella G. C. è pendente, per la quale trovasi impartito un termine ordinario.

PARTE I.

Del diritto di proſſimità, che ha il Duca di Caſtelluccio alla legittima ſucceſſione ne' beni paterni del defunto Duca di S.Demetrio D.Vincenzo Arcamone.

L'Attual Duca di Caſtelluccio D. Giovan Franceſco Caracciolo, ed il Duca D. Niccola Arcamone, padre del defunto Duca D. Vincenzo, eran fratelli amitini: era il primo figlio di un fratello, era il ſecondo figlio di una ſorella; quello figliuol di Giuſeppantonio Caracciolo, queſti figliuolo di Vittoria Caracciolo, ambi fratello, e ſorella germani. Onde al defunto Duca D. Vincenzo era il Duca di Caſtelluccio zio cugino paterno, e congiunto in quinto grado (1).

Ma, ciò non oſtante, la Ducheſſa D. Clelia, per trarlo fuori dall' ordine de' legittimi ſucceſſori, ecco quel, che in ſoſtanza aſſume, che ſe morto foſſe il Duca di Caſtelluccio, ſenza laſciare altri congiunti più proſſimi del Duca D. Vincenzo Arcamone, di lui nipote cugino, coſtui gli ſarebbe ſucceduto; ma al contrario, eſſendo morto il Duca D. Vincenzo, ſenza laſciar altri congiunti, che il ſuo zio Duca di Caſtelluccio, queſti ſuccedergli non poſſa, e la ragion della diverſità ſia, perchè il Duca D. Vincenzo diſcende da una femmina agnata di Caſtelluccio, ma il Duca di Caſtelluccio non diſcende da una donna agnata Arcamone.

Ora ſi volgano le memorie di tutte le nazioni, o culte, o barbare, e ſi aprano tutti i codici di qualſivoglia legiſlazione, ſe per avventura rinvienſi una foggia di ſiſtema ſucceſſo-

(1) §. 5. *inſtit. de gradibus cognationum*, *L.* 10. §. 16. *ff. de gradibus*.

cessorio così capriccioso, cioè, che i dritti delle successioni non siano reciproci, ed eguali, e che un parente possa succedere all'altro, e non l'altro all'uno! Ma contra una tale stravaganza gridan non solo le leggi di tutte le genti, ma anche quelli stessi nostri Scrittori, de' quali la Duchessa D.Clelia avvaler si vuole, per dimostrare un sì bizzarro assunto. *Successio debet esse reciproca*, dice Carlo de Rosa, *quemadmodum ego succedo tibi, tu succedas mihi* (1): posso io rimaner escluso da' più prossimi congiunti, ma non già allor, che niuno mi precede (2).

Ma perchè sia in tutta l'estensione l'affare compreso, conviene esporre delle nostre Consuetudini lo stabilimento qual sia.

Se

---

(1) *In glossograph. ad Cons. Si quis, vel si qua n.* 411.

(2) La reciprocanza è il sistema generale di tutte le successioni. *Quis patiatur*, dice Giustiniano, *earum quidem hereditatem ad eos legitimo jure deferri, ipsas vero nec invicem sibi, nec masculis eadem jure posse succedere?* *L.* 14. *pr. Cod. de suis & legit. hered.*, e nella legge seguente è scritto: *Ut quemadmodum ipsis a legitimis personis succeditur, ita & ipsæ legitimarum personarum amplectantur successionem, l.*15. *pr. eod.*, le quali leggi vengono altresì allegate dal Napodano *in Cons. Si quis, vel si qua n.* 182. Quindi essendosi col Senatoconsulto Tertulliano data alla madre la successìon de' figli, si vide essere necessità di accordarsi anche a' figli la succession della madre col Senatoconsulto Orfiziano, *quia*, dice l'Einecio, *successionis jura regulariter sunt reciproca, Elem. jur. lib.* 3. *tit.* 4. §. 699. E se per lo diritto Consuetudinario il figlio del fratello succede ne' soli beni materni del figlio della sorella, e questo ne' paterni, ciò avviene, perchè son questi i beni della linea comune di parentela; ma non si trova verun caso, che uno all'altro succeda ne' beni della linea, e non l'altro all'uno, eccetto se vi sia un prossimiore, che l'esclude, perchè lo precede.

Se noi alla lettera delle Consuetudini attendiamo, vedesi il Duca di Castelluccio espressamente invitato, come il più prossimo *ex parte patris*.

La Consuetudine *Et si testator* permette al cittadino Napolitano di poter disporre della sola metà de' beni paterni, e materni, e l'altra metà stabilisce, che abbia a pervenire agli agnati, e cognati *ab intestato* (1). Cotesti congiunti sono in un'altra Consuetudine (2) così invitati: *Proximiores ex parte patris succedunt in bonis omnibus defuncti, præterquam in bonis, quæ obvenerunt eidem defuncto a matre, vel aliquo ex linea materna, in quibus proximiores ex parte matris succedunt*.

Son dunque alla successione chiamati i più prossimi congiunti per parte del padre, o della madre, e parole sì chiare, e generali, che tutta la parentela abbracciano, non han bisogno di alcuna spiega: nulladimeno, per servire alla causa, facciamone la spiegazione col Napodano. *Ex parte patris possunt esse agnati, & cognati* (3): ed i cognati chi mai sono? sono appunto tutti coloro, dice Paolo Giureconsulto (4), *qui per fœminas conjunguntur*. Quindi il Napodano istesso conchiude, che tutte quelle persone, che il Pretore col suo editto invitava, cioè gli agnati fino al decimo grado, ed i cognati fino al settimo, sono i prossimiori, che la Consuetudine invita, eccettuati solo gli affini (5). *Proximitas*, scrisse del pari Carlantonio de Luca, *est jus universale, & genericum, compre*

A 3 ben-

(1) *Reliqua autem medietas perveniat ad proximiores agnatos, & cognatos, prout in capitulis de successionibus ab intestato dictum est. Consuet. Et si testator de success. morient. sine fil. ex testam.*

(2) *Consu. Si quis, vel si qua de success. ab intest.*

(3) *In Consu. Si quis, vel si qua n.* 137.

(4) *L.* 10. §. 2. 6. *ff. de gradibus*.

(5) *Ad d. Consuet. n.* 237. *&* 238.

hendens tam agnatos, quam cognatos, omnes enim ab uno descendunt stipite, & inter se conjunguntur. Ma vi è egli bisogno di dilucidazione in cosa chiara, ed evidente, di cui l'istesso comun sermone ne convince? Le Consuetudini furon ridotte in iscritto con un idioma usuale nella Città nostra, latinizzandosi solamente le voci (1), siccome il costume de' tempi portava, che le leggi scriver dovevansi nel latino idioma: quindi è, che noi secondo l'uso comune diciamo, essere il tale nostro parente per parte di padre, per distinguerlo da colui, che ci è congiunto per parte di nostra madre; cioè, che chi fu parente a nostro padre, lo è anche a noi per parte di esso, e chi fu congiunto a nostra madre, è nostro propinquo per parte della medesima. Ecco il senso chiaro, e naturale delle parole, *prossimiori ex parte patris, prossimiori ex parte matris.*

Se dunque il padre del defunto Duca D. Vincenzo Arcamone avea per congiunto il Duca di Castelluccio, la lettera chiara, ed espressa della Consuetudine lo invita alla metà di quei beni, che ha il Duca D. Vincenzo dal padre ereditati.

MA sebbene le parole della Consuetudine siano a pro del Duca di Castelluccio, nulladimeno, ripiglia qui la Duchessa D. Clelia, bisogna vedere della Consuetudine qual sia

(1) Vedasi il proemio del Re Carlo II. alle Consuetudini, ove dice, essersi le Consuetudini compilate *in stilo dictaminis eorumdem civium, ut magis proprie illarum usualia verba remaneant.* Ed il Napodano in più luoghi spiega le Consuetudini secondo le parole usuali della nostra Città. *Ad Consuet. Si quis habet, de aliment. præstand. n. 20. Nota, quod verbum* CONSANGUINEI *implicat agnatos, & cognatos, secundum usualia verba Civitatis Neapolis: ad Consuet. Si aliquis moriens usualia verba sunt dicere, ex quo latere talis attinet tali, nec per hoc distinguimus lineas.*

fia la mente, e l'intendimento. E qual è mai? La mente, ella dice, è la confervazione de' beni nella famiglia del padre, o della madre: dunque chi non è della famiglia paterna, o materna del defunto, non ha diritto a fuccedere. E che fia così, da lei fi profegue, rammentiamoci della noftra origine: Napoli è Città Greca, anzi colonia di Atenieſi: le leggi di Solone in Atene riguardavan nell'ordine delle fucceffioni il favor dell'agnazione; e perciò le noftre Confuetudini la fola agnazione hanno in mira, o al più contemplano folo quelle perfone, che dagli agnati difcendono.

E' quefto quanto fi è propofto, e fi è detto in difefa della Ducheffa: ma tutto ciò ha egli un folido appoggio, ovvero è un puro, e pretto volo di fervida fantafia?

Qual fia la mente, e la ragione della Confuetudine *Si quis, vel fi qua*, in chiamare alla fucceffione de' beni antichi i proffimiori del lato paterno, e materno, fe vogliamo effer finceri, dobbiam confeffare d'ignorarla, perchè niun libro, o monumento, che contenga la ragione di tale ufanza, fino alla noftra età è pervenuto, nè un uom ragionevole e fenfato può metterfi a far l'indovino, nell'indagare il perchè di un antico coftume, che altra ragione non riconofce, fe non il genio, e la maniera di penfare, fecondo i tempi, e l'indole di tante nazioni, che hanno quefte noftre contrade inondate. Ciò da noi confeffandofi, ci preftiamo al voler delle leggi. Allor che la ragione ritrovafi nella legge efpreffa, ella n' è l' anima, fecondo la quale haffi ad applicare a'cafi, che accadono (1): ma è ciò pur difficile, poichè la ragione talvolta non ben fi adatta a tutti i cafi (2). Quando poi la ragione non trovafi nella legge efpofta, allora indovinare conjetturando una ragione, e volere, mercè detto indovino, andare ampliando, o reftringendo la legge, che o eftenfioni, o reftrizioni non foffre, è fare come il can delle favole,

 lafcia-

(1) *V. Grot. de J. B., & P. lib. II. cap. 6. §: 8.*
(2) *L. 8. ff. de legibus.*

lasciare il certo per l'incerto, e tradir la lettera della legge per una ragione, o ignota, o immaginaria, specialmente se si tratta di antichi stabilimenti, de'quali son le cagioni a noi occulte. Questo è appunto il caso, in cui avverte Giuliano, *non omnium, quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest* (1); *& ideo* (soggiunge Nerazio) *rationes eorum, quæ constituuntur, inquiri non oportet, alioquin multa ex his, quæ certa sunt, subvertuntur* (2).

Ma alcuni han detto, che le nostre Consuetudini propongansi nell'ordine successorio il favor dell'agnazione. Basta però leggerne i varj stabilimenti, per discernersi, che ciò non sempre è vero, nè costante, mentre vi ha de'casi, ove il maschio esclude la femmina, e vi ha de'casi, ove non l'esclude, ancor che sia una sorella (3). Il Presidente de Franchis, il più consumato scrittore sopra le Consuetudini, e dopo lui il de Luca, ci rendon avvertiti, non essere una tal ragione nelle Consuetudini espressa, nè sempre costante: *ratio hæc non est expressa, nec perpetua*, dice il primo (4), ed il secondo: *Ratio conservationis bonorum in familia per Consuetudinem non fuit expressa, nec perpetua, propterea non fuisse contemplatam agnationem concluditur* (5). Il Reggente de Marinis avverte, esser questa all'in tutto una falsa ragione (6): ed il Pansuto ammonisce, che

(1) *L.* 20. *ff. eod.*

(2) *L.* 21. *eod.* Dice Ottone appo Tacito *Histor. lib.* 1. *cap.* 83. *n.6. Si cur jubeantur, quærere singulis liceat, pereunte obsequio, etiam imperium intercidit.*

(3) Oltre il quarto grado nella linea collaterale, si succede, senza distinzion di sesso, *jure proximitatis*, *de Franchis decis.* 24.

(4) *Decis.* 149. *n.* 12., e nella *decis.* 157. *n.* 5. dice: *Nec rationem bonorum conservandorum in familia esse generalem.*

(5) *Obs. ad decis.* 652. *de Franch. n.* 7.

(6) *Si dicas, ideo in successione fratris subingressionem fuisse in-*

che oltre a' maschi del prim' ordine, ed a' loro discendenti, cotesta ragione non è dalle Consuetudini attesa affatto (1): il che non potè negare nè anche il Molfesio, che pure dipartir si volle dalle tradizioni degli antichi Chiosatori delle Consuetudini, siccome diremo (2).

Ma se vi ha caso, ove la Consuetudine non ha punto l'agnazione in mira, è nello invitare generalmente, e senza veruna distinzione, i prossimiori *ex parte patris*, o *ex parte matris*, o che sian agnati, o cognati. *Reliqua autem medietas perveniat ad proximiores agnatos, & cognatos, prout in capitulis de successionibus ab intestato scriptum est*, così la Consuetudine *Et si testator* spiega i prossimiori dalla Consuetudine *Si quis, vel si qua* invitati. Se la Consuetudine il favor degli agnati perpetuamente si proponesse, li preferirebbe certamente a' cognati: ma ciò non fa, dunque l'agnazione non è riguardata più della cognazione.

Questo si è detto da' periti nostri Scrittori, che han compreso appieno lo spirito delle Consuetudini. Ma si grida. E la Grecia! ed Atene! e le leggi di Solone, che dell'agnazione son vaghe! Non si ascoltino i nostri Dottori, che scrissero senza il lume della storia, i quali sarebbero stati senza dubbio condannati dall'Areopago a ber la cicuta! Di grazia lasciam le favole, e i sogni, allor che sul serio si discorre, e se vi è stato alcun de' nostri moderni Scrittori, acceso più di un Socrate immaginario degl' istituti di Atene, vi sono stati altri di più buon senso, che han detto, esser follia andar pescando nelle leggi delle an-

A 5 ti-

inductam, ut bona in familiam conserventur, hoc falsum est. Resol. lib. 2. cap. 217. n. 11.

(1) *Ultra masculos, qui primi sunt ordinis, eorumque descendentes, quibus stantibus fœminæ excluduntur, Consuetudines hujus Civitatis minime inspexisse familiæ conservationem, Controv. 3. n. 4. Tom. 3.*

(2) *Fateor tamen*, egli dice, *quod non est generalis, & perpetua, Consil. 50.*

tiche Repubbliche Greche di età tanto remota, che perdesi nelle favole, le Consuetudini Napolitane. *Hæ Consuetudines* (dice un nostro recente Scrittore de'più accurati) *ex jure Normanno mihi profectæ esse videntur, non ex jure veterum Græcarum rerumpublicarum, ut quidam somniant* (1). Quel che vi ha di vero, è, che le nostre Consuetudini sono un impastato di tante usanze di popoli diversi presso di noi ricevute non nella loro integrità, ma moderate, ed aggiustate in guisa, che n'è uscita in più articoli una cosa neutra (2).

Del rimanente le leggi di Solone hanno il meno che far con noi, perchè osta la cronologìa. Che Napoli sia stata Città Greca il maggior numero de' dotti ne conviene, sebbene vi sia stato chi la vuol fondata anche da' Fenicj, e da'Cananei, con darne sicurezza, che fu di questa Città il secondo figlio di Noè veramente il padre (3). Ma quali Greci siano stati, se Tessali, se Ateniesi, se Spartani, non ci è giunto a notizia, e dicesi sol per fama, che una Colonia Greca approdò ne'nostri lidi ne' tempi mitici, e favolosi della Grecia, e poco dopo la guerra di Troja, e che fu una Sirena colei, che a questa Città diede il nome,

(1) *Maffei Inst. jur. Civ. Neap. lib.* 4. *cap.* 2. §. 10.

(2) Alcuni vogliono essere un miscuglio di costumanze Greche degli ultimi tempi, e Longobarde: altri sole costumanze Longobarde: altri finalmente dicono, dipender solamente da' costumi Normanni, Giannone *Tom.* 2. *lib.* 10. *cap.* 11., e *lib.* 21. *cap. ult.*, Grimaldi *Tom.* 3. *lib.* 13. *n.* 23., *de Andreys in disp. feudal. An fratres &c. cap.* 2. *n.* 22. Noi diciamo, che vi ha di tutto, e tutto sfigurato. Ma quel che si può dir con certezza, niente se ne sa di positivo, e preciso.

(3) Martorelli nell' opera intitolata *Delle antiche Colonie venute in Napoli*, che uscì alla luce sotto il nome di Michele Vargas Macciucca, nel Tomo I., ove tratta delle Colonie de' Fenicj venute in Napoli.

me, ed i natali (1). Se dunque una Colonia sbalzata quì dal furor di Nettuno, dopo la presa di Troja si distaccò dalla Grecia, come potè ricever da quella le leggi di Solone, che visse all'età di Servio Tullio, circa cinquecento anni dopo la presa di Troja? Ed in vero Solone diede, a chi non avea prole, libera potestà di disporre di tutt'i suoi beni a favor d'estranei, *amicitiam propinquitati præferens*, come lasciò scritto Plutarco (2). Può forse fare altrettanto il cittadino Napolitano? Nelle Consuetudini si parla di paraggio, di doti, di quarta, di mascoliazione: in vano si chiede l'origine di tali stabilimenti nella Grecia, ove non vi era affatto idea di dote (3). ma vestigj della mascoliazione, della succession lineale colla distinzione de'beni paterni e materni, e qualche limitazione del diritto di disporre al cittadino negli usi Normanni si rinviene (4). Nè poi le leggi Attiche esclusero i cognati dalla successione, ma dopo gli agnati li ammisero (5).

Ora

(1) Il Summonte tesse la genealogìa di questa Sirena, o Principessa. *Stor. di Nap. lib.* 1. *cap.* 1. Chi è vago di legger Romanzi, se ne può compiacere.

(2) *Plut arch. in Solone*.

(3) *V. Meurs. in Themi Attica lib. I. cap.* 14.

(4) *Jus Norman. vers.* 245. & 246., 261. 264. 414. & *seqq. apud Cormerium Alenconium in Codice juris Civ. & Romani Gallicique lib.* 25. *tit.* 15. §. 11. & *tit.* 21. Nella Zelanda, ed in altri luoghi della Germania evvi la stessa succession lineale dalla nostra Consuetudine prescritta, nè ivi giunsero Colonie di Greci. *V.Vinn. post tit.* 5. *lib.* 3. *Instit. jur. Civ.*

(5) *Vid. Samuel. Petit. ad Leges Atticas tit. 6. de testam. & hereditat. jure*. Leggesi in Demostene, giusta la traduzion del Meursio: *Præferuntur mares, & e maribus prognati, etsi illi genere remotiores: si vero non fuerint a patre usque ad sobrinorum liberos, ii qui sunt e ma-*

Ora se è manifestamente falsa, e riprovata questa ragione, che come un lembo vuolsi alla Consuetudine appiccare; dobbiam dire esser vera, o almeno più plausibile, e coerente l'opinion di coloro, i quali han sostenuto, esser la ragione, la quale anima la Consuetudine nel restituirsi i beni a' congiunti del padre, o della madre, giusta la rispettiva pervenienza, quella gratitudine, ch'è dovuta alle persone, che ne hanno beneficati, ed i loro beni ci han trasmessi; per la qual cosa sia un dovere, che si restituiscano i beni a' più prossimi congiunti, a'quali sarebbe stato probabilmente lor desiderio, che pervenissero, se non gli avesser dovuti a noi lasciare, essendo una tal presunta volontà regolata da quel ragionevole amore, con cui preferiamo i nostri propinqui a quelli, che meno c' interessano (1). Ciò fece dire al Napodano, che i beni antichi non si considerano come beni dell' ultimo defunto, ma come beni del padre, e della madre di lui, che mediante la sua persona pervenir deggiono a' prossimiori di quelli (2), e l'acutissimo Orazio Montano avverte, che la Consuetudine, nel deferire la successione, ha avuti in considerazione i ligami del sangue con colui, da chi

---

matre masculi: sin ex neutra parte intra hos fuerint, A PATRE PROXIMUS OBTINETO. Meurs. eod. lib.2. cap.13.

(1) *V. Grot. de Jur. belli, & pac. lib. II. cap. 7. §. 9. n. 2. & 4., Puffendorf. de Jur. Nat. & Gent. lib.4. cap. 11. §. 14., Heinecc. Prælect. ad Grot. de jur. bell. & pac. lib. 2. cap. 7. §. 3.*

(2) Ciò Napodano l'esemplifica in persona della madre, dicendo, ch' ella disporre non può de' beni antichi in danno de' figli oltre la decima, poichè detti beni *ab agnatis, & cognatis suis, & per consequens filiorum, pervenerunt originaliter, & non a matre, licet mediante matre*, e più appresso gli appella *bona agnatorum, & cognatorum obvenientia mediante matre, in Conf. Si qua moriens n. 24. & 25.*

chi immediatamente ſono i beni pervenuti all' ultimo moriente: *proſpexerunt conjunctionem ſanguinis ex illo latere, a quo obvenerunt bona morienti , de cujus ſucceſſione agitur* (1). Queſto è il ſolo oggetto, che le Conſuetudini in ciò ſtabilir ſi propoſero, il paſſaggio de' beni a'proſſimiori congiunti agnati, e cognati di quel lato paterno, o materno, *unde bona obvenerunt*, ſiccome tutti i Scrittori noſtri ſono di avviſo (2), intendendo con ciò dire, che quaſi ſi reſtituiſcano i beni a quelli, che a noi gli han laſciati, non già a'defunti medeſimi, ma a' congiunti loro, ſecondo il natural deſiderio, che ſarebbe ſtato in eſſi: intendendo sì bene i propinqui alle perſone, che ſono ſtate le ultime a laſciare a noi i beni , cioè a dire a' congiunti di noſtro padre, e noſtra madre, e non già a'congiunti del noſtro avo, o del noſtro biſavolo.

Secondo queſti principj può dubitarſi del dritto , che ha il Duca di Caſtelluccio alla ſucceſsion de' beni paterni laſciati dal Duca D. Vincenzo Arcamone? Qual altra perſona aveva il padre di coſtui, che aveſſe più cara, fuori di un ſuo fratello amitino? il medeſimo ſangue ſcorreva per le vene dell' uno, e dell' altro; il ſangue di Giovan Franceſco Caracciolo ſeniore, loro avo comune, propagato in entrambi, ad uno per mezzo di un figlio maſchio, ad un altro per mezzo di figlia femmina? Se dunque hanſi i beni a reſtituire a' congiunti di quelli , che gli hanno a noi tramandati, l'unico congiunto , che il padre del Duca D. Vincenzo aveva , era il Duca di Caſtelluccio, e l'unico parente per lo lato paterno , che il Duca D. Vincenzo abbia avuto , altri non era che quello, e perciò dovendo egli eſſer grato alla memoria del padre nella perſona de' di lui propinqui , niun altro, che il Duca di Caſtelluccio ei potea rinvenire.

Ec-

---

(1) *Controv.* 1. *n.* 73. 74.
(2) *De Luca obſ. ad deciſ.* 652. *de Franchis n.* 7., *Panſut. Controv.* 3. *n.* 4. *Tom.* 3.

Ecco dunque, che se per poco astrar ci vogliamo dalla lettera della Consuetudine, ed andarne la ragione indagando, quella, ch' è la più solida, e la più adeguata, colla lettera mirabilmente combina. Del resto a noi non è lecito, senza offender le regole le più inviolabili della giurisprudenza, e le tradizioni di tutt' i Giurisperiti, allontanarci dallo scritto della legge, immaginando ragioni non scritte, con irle cercando fin nell'antica Grecia, quando allor che nacquero le nostre Consuetudini, non eranvi più quelle leggi nè in Isparta, nè in Atene.

MA quì si ripiglia a dire, che i congiunti per parte dell' ava paterna, benchè prossimiori *ex parte patris*, non però sono della linea del padre. Noi potremmo una tale difficoltà in una parola escludere, rispondendo, che la Consuetudine invita i prossimiori *ex parte*, non *ex linea*, e non può negarsi, che il Duca di Castelluccio sia un congiunto del Duca D. Vincenzo per parte di D. Niccola Arcamone suo padre: ma diciamo, che un tal congiunto, il quale è prossimiore *ex parte patris*, è anche, nel senso delle leggi, del Napodano, e de' Consuetudinisti, prossimiore *ex linea* del padre; che anzi il dire, esser talun congiunto per parte del padre, e non esser nella di lui linea, è una proposizione contraddittoria, ed assurda. Ed in prima si rifletta, che noi favelliamo della linea, cioè dell' albero de' congiunti, e non della famiglia, nè si vadan artificiosamente spargendo equivoci. La voce *famiglia* ha nel diritto Civile varie significazioni, ma particolarmente può prendersi in due sensi, uno più ampio, l'altro più stretto. Nel primo significato la famiglia comprende *parentes*, & *liberos*, *omnesque propinquos*, e fin anche gli affini, *non solum propinquos*, *sed etiam*, *his deficientibus*, *generum & nurum*, così Giustiniano nella risaputissima legge ultima del Codice *de Verb. significat.*; ed in tal senso sotto il nome di famiglia, non i soli discendenti da femmina agnata, ma tutti i cognati comprendonsi: *Sunt omnes propinqui*. Son tutti quelli compresi, al dir del Cujacio, che posson succedere *ab intestato*, *servato* ju-

jure, & *ordine legitimae successionis, servata gradus praerogativa, ut proximus praeferatur ulteriori* (1) (2). Se poi la famiglia intender vogliamo nel senso più preciso; allora per que' della famiglia intendiamo tutti gli agnati, cioè tutti quelli, che portan lo stesso nostro casato, e tali sono le donne agnate, ma non i di loro figliuoli, i quali alla famiglia del padre, e non della madre appartengono (3), a men che non fossero *vulgo quaesiti*, onde portare il materno cognome. Quindi è, che se nella Consuetudine intender volessimo compresi solo que' della famiglia nel senso stretto, niun cognato alla successione aspirar potrebbe, ancor che da femmina agnata discenda; perchè persona di altra famiglia, non essendovi nel diritto Civile la minima differenza fra cognati, e cognati: se poi comprender si vogliano que' della famiglia nel senso ampio, ciò alla Duchessa non giova, sicchè la questione della famiglia è in tal rincontro una oziosa questione. Nè sembra esser cosa tanto propria vaneggiare su di un vocabolo, che nella Consuetudine non è scritto.

Ma facciam ritorno alla linea. Sotto tal nome sicuramente non i soli agnati, che hanno lo stesso nostro casato, ma tutti i congiunti per qualsivoglia lato si comprendono. Paolo Giureconsulto forma l'albero, e lo stemma delle parentele, nel quale tutti i congiunti descrive. Un tal al- [illegible] be-

(1) *Ad lib. 6. tit. 28. Cod. Tom. IX. p. 836. C.*

(2) *Proximitatem hic metimur ex prioritate, & potiore causa successionis intestatae*, così il Perezio *ad lib. VI. tit. 38. Cod. n. 4.* In sì fatta guisa spiega anche coteste parole della legge il nostro Cirillo: *Non solum propinquos, hoc est, liberos, parentes, cognatos, exemplo legitimae successionis, in tr. de legat. & fideic. Part: 3. in fin.*

(3) *L. 195. §. 5., L. 196. §. 1. ff. de Verb. sign. Mulier autem familiae suae & caput, & finis est. Foeminarum liberos in earum familia non esse palam est: quia qui nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur.*

bero ei divide in linee, e le linee suddivide in gradi. La linea poi egli divide in due, una superiore, l'altra inferiore, e da queste due ne fa nascer la terza, ch' è quella de' trasversali, la quale *ex secundo gradu* incomincia. *Stemmata cognationum directo limite in duas lineas separantur, quarum altera superior, altera inferior: ex superiore autem, & secundo gradu transversæ lineæ pendent, quas omnes latiore tractatu habito in librum singularem contexiмus* (1). Di questo singolar trattato ne abbiamo un lunghissimo frammento, riportato da Triboniano nella L. 10. sotto il titolo *de gradibus*; e l' intero libro esisteva a' tempi di Cujacio, siccome egli riferisce per testimonio di colui, che il possedeva (2), ma a di lui testimonianza, e dell' istesso possessore, non altro di più preciso in quello si conteneva, poichè il lungo frammento, che nella legge 10. esiste, tutta la materia senza dubbio esaurisce, e quivi in ogni grado il Giureconsulto novera le persone di tutte le linee; e nel quarto vi ascrive fra gli altri l'avunculo, e la matertera magna, e nel quinto il figlio dell' avunculo magno; *aviæ fratris filium*. [3].

Ora è notabile una vaga interpretazione, che da' difensori della Duchessa si è data a quelle parole di Paolo, *ex superiore & secundo gradu transversæ lineæ pendent*; quasi il Giureconsulto avesse detto, che la linea trasversale incominciarsi non debba dal defunto, ma dall' avo di lui. Quanto però la passione ci fa travedere! I sensi di Paolo son molto chiari. La linea collaterale incomincia nel secondo grado, ma mediante l' attacco comune della linea superiore: val dire, che la linea trasversale incominciar dee da' fratelli, i quali son fra loro nel secondo grado, ed entrambi dalla linea superiore del padre, o della ma-

dre

(1) *L. 9. ff. de gradibus*.
(2) *Cujac. obs. lib. VI. cap. 40.*
(3) *L. 10. §. 16. ff. de gradibus, V. la L. 1. cod.*

dre dipendono (1): cotesta linea così cominciata indi si protrae, quella però n'è l'origine. Ma a che tante parole? a toglier forse dalla linea l'avuncolo, e la matertera magna, nel quarto scalino della quale li ha Paolo collocati? Per ritrovar dunque l'attacco della linea comune de' due congiunti, o s'incomincia dall'ascendente comune, e dal secondo grado della trasversal linea, e si discende in giù, o si principia dalli due punti estremi, e si monta all'in su. Incominciando dal comune ascendente Gio. Francesco Caracciolo, ch'è il centro, e l'origine della linea, si discende per Giuseppantonio, e Vittoria, suoi figli, che forman la divisione delle due linee trasversali, e si giunge al Duca di Castelluccio per una parte, ed al Duca D. Vincenzo Arcamone per l'altra. Rimontando poi all'in su, i due estremi punti sono, il Duca di Castelluccio da un lato, ed il defunto Duca D. Vincenzo dall'altro. Qui hansi a piantare i due piedi della scala, per potersi ascendere (2). Dal Duca D. Vincenzo si monta il primo grado del lato paterno, ed avvi Niccola Arcamone: si ascende il secondo scalino, e si ritrovan due, che han generato Niccola, congiunti egualmente ad esso: montando il terzo gradino, si giunge alla sinistra dal lato di Vittoria Caracciolo allo stipite comune. Adunque non men Vittoria Caracciolo, che Gio. Francesco di lei padre nella linea paterna del Duca D. Vincenzo sono, ed in conseguenza il Duca di Castelluccio, che prende l'attacco dallo stipite comune del lato paterno, è un congiunto collaterale *ex linea patris*. E se così non fosse, ammetter dovremmo quel, che si è sempre riputato un assurdo, e nell'ordine delle cose un impossibile, cioè che possa la stessa cosa *simul esse*, *&* *non esse*. Dovremmo di-

(1) *Transversa linea a secundo gradu incipit, & oritur ex superiore*, *Gothofred. ad L. 9. ff. de gradibus nor.* 37.

(2) Paolo nella citata *L.* 10. §. 9. *Nam quoties quæritur, quanto gradu quæque persona sit, ab eo incipiendum est, cujus de cognatione quærimus.*

dire, che il Duca di Castelluccio è, e non è congiunto di linea paterna del Duca D. Vincenzo . Se si trattasse di dover D. Vincenzo, come congiunto per mezzo di femmina agnata, a lui succedere, il Duca è un suo congiunto *ex parte patris*, cioè *ex linea patris*, *ista enim*, al dir del Napodano, *sunt paria*, *ex parte* , *&* *ex linea* (1) , altrimenti come avrebbe D. Vincenzo dritto di succedergli, se il Duca di Castelluccio non fosse suo congiunto *ex parte patris*? Non gli è poi più congiunto *ex parte patris*, quando il Duca di Castelluccio dee succedere a lui? Come di grazia combinar si possono cotesti assurdi!

Il Napodano, colla norma di queste leggi , le linee, ed i gradi della congiunzione descrive. *Linea est supra*, *infra*, *&* *ex latere*, *ff. de gradibus l. Stemmata* . *Gradus autem sunt in linea*, *&* *ex gradibus linea causatur* , *&* *fit* , *l. Jurisconsultus eod tit.* (2). *Et sic linea est quædam scala*, *in qua sunt gradus*, *ex quibus scala causatur*, *&* *hoc videtur intelligi usque ad septem gradus*, *nam ultra non videtur existere linea cognationis*, *l. Non facile ff. de gradibus* (3).

In fatti, secondo il Napodano, il figlio si appartiene alla linea degli ascendenti, che si divide in due parti, quali possiamo ben dire due linee, quella del padre, e quella della madre, per la ragione pur troppo naturale, *quia pater*, *&* *mater*, *simul operantur ad esse filii* (4); che anzi, secondo il sentimento de' nostri Giureconsulti , tratto dal sistema de' Stoici, che il feto sia una parte delle viscere della madre (5), dovremmo dire, che alla linea di costei dovreb-

(1) *Napodan. ad Consf. Si quis*, *vel si qua n. 167.*
(2) *In Consuet. Si quis* , *vel si qua n.* 237. Son le citate leggi la 9., e 10. *ff. de gradibus*.
(3) *Eod. n.* 237.
(4) *Eod. n.* 132.
(5) *Ulpiano l.* 1. §. 1. *ff. de inspiciendo ventre* , e. *Trifonino l. 39. ff. de pæn.*, *V. Plutarch. in placitis Philosoph. V.* 15. *&* 16., *Seneca Epist. ult.*

vrebbe maſſimamente appartenere. Queſto ſteſſo inſegnano i più profondi, e periti Scrittori delle noſtre Conſuetudini. Il Montano: *Linea matris conſervatur in filio* (1). *Filius eſt de linea matris* (2). *Filii ſunt de linea matris, & patris* (3). Ed in conſeguenza l'iſteſſo dicon dell'ava. Il Piſanelli: *Avia paterna dicitur in linea aſcendenti paterna* (4); il che prima di lui avean detto gl' Imperatori Arcadio, ed Onorio della linea materna. *Quidquid avus avia, proavus proavia ex materna linea venientes* (5).

Imperciocchè, ſiccome la linea diſcende in giù, così cambia di nome ne' ſucceſſori, unendoſi le due parti della linea paterna, e materna in un ſol punto, ma la linea non ſi muta. Si figurino, per addurne un eſempio naturale, due fiumi, che ſi uniſcono in un ſol letto, quale di poi nel ſuo corſo altri fiumi in ſen raccoglie: tale è lo ſtemma delle parentele. Due linee, o ſia le due parti della linea ſuperiore ſi uniſcono in un punto ſolo. Fino a che queſto punto non ſi diſtende più innanzi, elleno conſervano il loro natio nome di linea paterna, e materna; ma toſto che queſto punto ſi dilunga in una linea ſucceſſiva, la quale, unendoſi con un altra linea, va con eſſa a fermarſi in un ſecondo punto, allora perde il ſuo primitivo nome di linea paterna, e materna, e linea del figlio rapporto al nipote diviene, appellandoſi col nome più proſſimo al nipote ſteſſo *di coſtui linea paterna*, e non già col nome degli aſcendenti remoti *linea dell' avo*, *e dell' ava*, quale anche è effettivamente. Secondo ciò, il Duca D. Niccolò Arcamone, padre dell' ultimo Duca D. Vincenzo, era un punto, ove eranſi unite due linee, la paterna, e la materna, la linea paterna di D. Filippo Arca-

(1) *Controv.* 1. *n.* 5.
(2) *Eod n.* 33.
(3) *Eod. n.* 35.
(4) *Ad Conſ. Filiusfamilias gloſ. Iſta gloſſa ſub n.* 2.
(5) *L.* 2. *C. de bonis maternis.*

camone, e la materna di D. Vittoria Caracciolo, co'loro rispettivi congiunti, a'quali egli poteva egualmente succedere. Un tal punto prolungato nel Duca D. Vincenzo, forma la linea paterna di essolui, composta di quelle due linee primitive, siccome da D. Clelia Caracciolo si forma la di lui linea materna, composta di tutti i congiunti di costei. Ecco il perchè D. Vittoria Caracciolo di Castelluccio, ava paterna del defunto Duca D. Vincenzo, *dicitur in linea ascendenti paterna* (1), ed è congiunta *ex parte patris*, quantunque al Duca D. Niccola, padre di D. Vincenzo, era della linea materna. Quindi sebbene D. Vittoria al figlio fosse per avventura succeduta ne'soli beni materni, perchè congiunta di quel lato, al nipote ne'beni paterni succede, perchè congiunta a costui dal lato del figlio, per effetto dell'union delle linee. Per la qual cosa l'ava paterna è stata sempre preferita al patruo, l'ava materna alla matertera, quella ne' beni al nipote pervenuti dal padre, ma originarj dell' avo, marito di lei; e questa ne'beni pervenuti al nipote dalla madre, ma similmente originarj dell'avo materno, marito di costei, non ostante, che dette due ave non fossero della linea de'loro rispettivi mariti, donde originariamente i beni derivavano. Vittoria Carrafa, Contessa di S.Valentino, fu preferita nella successione di Giulio di Tolfa, di lei nipote *ex filio*, al patruo di costui, siccome riferisce il Reggente Rovito (2), quantunque i beni

(1) *Pisanell. loc. citat.*

(2) *Modernis vero temporibus illud idem fuit decisum in causa Victoriæ Carrafæ, Comitissæ S.Valentini, circa successionem Julii de Tolfa, sui nepotis, ad exclusionem patrui, ubi Julius defunctus non habebat alia bona, quam quæ sibi obvenerant a Scipione de Tolfa ejus patre, & quæ ad Scipionem pervenerant a Julio seniore, ipsius Scipionis patre; & sic attenta origine non erant propria Scipionis sui patris, sed erant Julii patris Scipionis . . . . & proinde mortuo Julio juniore . . . ad successionem*

ni dall' avo paterno fossero pervenuti ; e lo stesso Rovito sostenne le parti d' Isabella Guevara, Contessa di Saponara, alla successione del Principe di Sulmona, di lei nipote *ex filia*, in esclusione della matertera, ne' beni dall' avo materno pervenuti.

Nè si dica esser diversa la ragione negli ascendenti, che ne' collaterali, mentre è la stessa, giacchè fingiamo, che il moriente, che ha soli beni paterni, lasci l' ava materna da un lato, ed il patruo dall' altro, il patruo esclude l' ava, ch' è di altra linea : mentre non come il padre, e la madre, così l' avo, e l' ava fan cessare le Consuetudini (1), perchè quelli, si è creduto, non poter esser compresi fra i prossimiori *ex parte patris*, *vel matris*, senza una improprietà delle parole della Consuetudine, ma questi, secondo il buon senso delle medesime, ben vi si adattano, essendo veramente, e propriamente gli avi i prossimiori per parte del padre, o della madre (2).

OR siccome la linea discendendo cambia il suo nome; così i beni, mutando due mani, cambian natura. Nota, *quod bona, mutato nomine, mutant etiam naturam* (3). *Ratio est, quia per mutationem personæ a patre in filium mutatur conditio rei, ut licet proveniat a patre, non dicetur amplius paterna*, tosto che la paterna eredità è stata dal figlio adita, dopo cui i beni ereditarj proprj dell' ere-

B de

nem Julii junioris debuisset præferri patruus, quippe qui erat de linea Julii senioris, a quo bona habebant originem, & non avia, quæ nihil commune habebat cum illa linea, & tamen fuit decisum totum contrarium, quod scilicet hereditas Julii junioris spectaret ad aviam, excluso patruo. Cons. 100. *n.* 14. *vol.* 1.

(1) Vegganfi il Reggente Revertera nel discorso su tale argomento, impresso dopo le Consuetudini, il de Franchis *decis.* 92. *n.* 6., *Camill. Salern. ad Cons. Et si testator glos. Si Consuetudo, de Ponte Cons.* 61. *n.* 65. 66. *Vol.* 1., *Car. de Rosa in Cons. Filiusfamilias n.* 28. & 29.

(2) *Montan. Controv.* 1. *n.* 23. & 24.

(3) *De Bottis glos.* Nota, *ad Cons. Si qua mulier sub n.* 5.

de divengono (1). Da ciò nasce quel, che hanno i nostri Consuetudinisti con uniformità insegnato, che ascender non si dee alla remota pervenienza de' beni, e rinvenire il successore fra i discendenti del primo acquirente di essi, ma deesi riguardar l'origine prossima, cioè colui, che ha lasciati a noi i beni, e restituirsene la metà a'di costui congiunti, altrimenti si giungerebbe all'infinito in ricercare ed il primo acquirente de' beni, quale bene spesso s' ignora, ed i congiunti del primo acquirente, con involverci in tante strane, e spesso oscure ricerche, e separazioni di tanti diversi patrimonj, e pervenienze, siccome i nostri antichi, immaginiamo, che nella loro semplicità non ricercavan certamente, che si avesse a memoria la remota pervenienza de' beni, ignota, o almeno difficile nella generalità de' cittadini. Dobbiamo noi rinvenire i congiunti di nostro padre, e di nostra madre, e non i congiunti di coloro, che hanno ad essi lasciati que' beni, che per molte successioni sono stati a noi trasmessi. I beni non debbon ritornare, se pure adoperar si può un tal nome di ritorno, che a' congiunti di colui, onde uscirono. Se i beni si son partiti dal padre, da cui sono nel figlio passati, ritornino a' più prossimi congiunti di esso, ch' è la prossima origine della pervenienza (2); co-

---

(1) *L. 1. §. veteres ff. de adq. poss.*, *Rovit. d. Cons.* 100. *n. 6.*

(2) *Napodan. ad Cons. Si quis, vel si qua n.* 241: *Non debemus inspicere principium primæ adquisitionis, quia non agimus de illa, sed de secunda.* Carlo de Rosa *in glossogr. ad Cons. Si quis, vel si qua n.* 384: *Nec minus per istam Consuetudinem vocantur proximiores illius lineæ, a qua originaliter bona obvenerunt, sed vocantur proximiores illius lineæ, a qua obvenerunt bona ultimo defuncto; nam statutum vocans proximiores ex illa parte, unde bona descendunt, censetur vocasse proximiores ex illa parte, unde bona immediate descendunt, cum in omni successione persona ultimi morientis, causa immediata, &* pro-

come in fatti noi abbiam l'inventario de' beni ereditarj del Duca D. Niccola, padre di D. Vincenzo, onde sappia-

proxima, sit attendenda, non persona ejus, a quo primo loco bona profecta sunt . . . . *n.393. Et sic statue regulam, quod non attenditur origo remota, unde obvenerunt bona, sed attendi debet origo proxima, & immediata, unde obvenerunt bona ultimo morienti. Et cum Napodano sic intellecto transierunt ex nostris Stephanus de Cajeta, Antonius de Januario, Capycius, Camillus Salernus. Sic bis fuisse decisum per nostrum S. C. testatur Afflictus. Et cum hac opinione, quod obventio proxima, & immediata attendatur, non autem remota, & mediata, complura Europæ Prætoria assentierunt, prout Burdigalense, Rhotomagense, Hispaniarum.*

Il Provenzale *in d. Conf. Obs.* 2. *n.* 8. *ad* 12: *In successionibus causa immediata, & proxima attendi debet, proximitas siquidem consideratur, non habito respectu ad primum stipitem, nec ad eum, a quo bona proveniunt, sed ad eum, qui tenebat bona, & ultimo decessit. Ergo non patris, aut avi, unde bona primam originem habent, attendi persona debet, sed ejus, qui postremo loco decessit*. Il Montano *Controv.* 1.*n.*38., parlando più da vicino al caso nostro, scrisse così: *Ab avo Julio obvenerunt Scipioni, & a Scipione obvenerunt dicto Julio juniori, filio dicti Scipionis, & sic licet immediate non obvenerint a linea aviæ, mediate sic, quia obvenerunt a Scipione, filio dictæ aviæ, & sic ex conjuncto ex parte aviæ, & causa proxima est potentior in hac qualitate deferente successionem*. E si valgono i nostri Scrittori eziandio dell' autorità dell'acutissimo Paolo di Castro sulla *L. quod scitis* §. *sin autem Cod. de bon., quæ liber.*, il quale insegnò, che *postquam* (*filius*) *successit matri suæ, censetur iste nepos* (*meus*) *habuisse a matre, & non a me : ideo non esse curandum, quod a me originaliter bona processerint, sed magis inspicitur immediata persona, a qua habuit, & ista est ratio decisiva*. Ed in al-

piamo, quali beni egli nel figlio trasmise, ma chi poi gli abbia a lui lasciati, o se tutti, o in parte siano stati da esso acquistati, nè lo sappiamo, nè dobbiam ricercarlo. Nè è cosa poi nuova, che talvolta pervengano ad un figlio dalla madre ereditiera, o da' congiunti materni maggiori beni, che dal padre. Onde nel senso de' nostri Avversarj dovrebbe esser questo un caso di eccezione a beneficio de' congiunti per parte dell' avo, altrimenti non si eviterebbe punto quel, che si vuol caratterizzare per assurdo, che i beni non ritornano a quelle famiglie, donde hanno origine. Così anche può avvenire, che il padre abbia tutto da se acquistato, e non entra affatto in calcolo la remota origine de' beni; e finalmente quel, che per lo più accade, porzion de' beni antichi perviene dall' avo, e porzione dall' ava, la quale porta in casa del marito le sue doti, i suoi beni parafernali, ed i doni, e le successioni de' suoi congiunti; siccome ne' beni del defunto Duca D. Vincenzo Arcamone vi son senza dubbio comprese le doti di Vittoria Caracciolo, che sono uscite dalla Casa di Castelluccio, onde veramente, e propriamente i beni fanno ritorno in quella famiglia, donde sono, se non in tutto, almeno in parte usciti, e che po-

---

altro luogo più giù. *Et inspicitur persona immediata, a qua defunctus habuit, non autem mediata, ut sciamus, ex cujus linea habuit*, e ciò per la ragione, che l' eredità coll'adizione perde la qualità di appartenersi al defunto, e fra i beni dell'erede si mesce, e si confonde; *Gothofr. ad L. 10. ff. de vulgar. n. 10., V. de Franchis decis. 696. num. 5. in fin. . Rovit. Consil. 100. n. 9. Proximitas non est sumenda a Comite, patre Principissæ, qui est causa mediata, sed ab ipsa Principissa matre, quæ est causa immediata, ex quacumque linea proveniat proximitas.*

poteano anche uscire all'in tutto, come non rare volte avviene.

COsì parimente i congiunti non debbonsi ricercare nell'origine remota, ma nella prossima: non dobbiam noi vedere, chi è il congiunto di nostro avo, o ava, o del nostro proavo, o bisava, ma chi è il congiunto di nostro padre, o di nostra madre, imperciocchè la Consuetudine questi letteralmente invita, altrimenti si avrebbero a leggere in essa non le voci *proximiores ex parte patris*, ma *proximiores ex parte avi*, per potersi prendere da costui l'attacco, e cacciarne di mezzo l'ava, e coloro, che sono al defunto per parte di lei congiunti.

Ma che la congiunzione, secondo la Consuetudine, si prende dal padre, e non dall'avo, niente meglio il dimostra, che il seguente caso, in cui, per sentimento di tutti i nostri Dottori, ne' beni paterni succede un, che non è congiunto *ex parte avi*, ma *ex parte aviæ*. Il fratello uterino è a suo fratello congiunto *ex parte matris*, e perciò ne' soli beni materni succeder gli può, essendo da' paterni affatto escluso; ma al figlio del fratello succederà anche ne' beni paterni, poichè sebbene era egli al fratello congiunto *ex parte matris*, al nipote, figlio di suo fratello, non è altrimenti congiunto, che *ex parte patris*, appunto perchè le due linee, paterna, e materna, si son riunite in un punto nella persona del padre del defunto, ed il zio è divenuto congiunto al suo nipote, prendendo l'attacco da questo punto. Ecco dunque un prossimiore, che non è congiunto affatto dal lato dell'avo, nè da femmina agnata discende, ma è un congiunto per parte dell'ava. Così figura un tal caso Carlo de Rosa. *Mulier habens bona a patre, vel linea paterna, & fratrem uterinum, si maritet filiam de istis bonis paternis, & moriatur; postea decedat ista filia ab intestato, nullis relictis liberis, tunc in dote istius filiæ succedet frater uterinus matris, quia hic est proximior ex parte matris, a qua immediate hæc dos devenit ad hanc filiam ultimo defunctam, nam ex quo talia bona ad matrem pervenerunt, ideo non dicuntur amplius*

 esser

esse de bonis illius, a quo ad matrem pervenerunt. Et cum nostra Consuetudo utatur verbo obvenerunt *simpliciter, licet verum sit a patre ista bona primo loco obvenisse matri, tamen filiæ postea defunctæ, non ab avo, scilicet patre matris, sed ab ipsa matre obvenerunt, & sic terminus, a quo obvenerunt bona in filiam modo defunctam, fuit ipsa mater: merito frater uterinus matris, qui conjungitur huic filiæ ex parte matris, uti proximior de linea materna, in istis bonis, sive dotibus succedit, quia non consideratur prima origo, & remota, sed consideratur origo proxima, & immediata, a qua obvenerunt bona in filiam modo defunctam* (1). Ed il de Luca a tal proposito in brevi sensi si esprime: *FRATER UTERINUS PATRIS MEI DICITUR PATRUUS MEUS, ET SIC DICITUR MIHI CONJUNCTUS PER PATREM* (2). E se così non fosse, dovrebbe il fratello uterino del padre essere da un rimoto congiunto escluso dalla successione di suo nipote, non solo ne' beni antichi, ma anche in quelli di nuovo acquisto, poichè la Consuetudine invita il paterno congiunto *in bonis omnibus defuncti*, nè la successione si può scindere. E non sarebbe egli ciò un oltraggio evidente del zio del defunto, e contra ogni sistema ragionevole di successione, che dev' esser regolata dalla presunta volontà de' defunti, e da' gradi di amore pe' proprj parenti (3). Questa in vero sarebbe una consuetudine molto più prava di quella, che vien con tal nome appellata da Federico II. nella Costituzione *In aliquibus*, la quale permetteva, che i remoti agnati escludessero dalla successione le donne figliuole del possessore.

Quindi avviene, che siccome la linea cambia di nome, e variano i beni natura, così nel possessore si muta obbligazio-

(1) *In Cons. Si quis, vel si qua, n. 384. ad 392.*
(2) *De linea legal. lib. 2. artic. 5. n. 4.*
(3) Questo è il principio animatore della successione Giustinianea nella Novella 118.

zione: e da ciò deriva un diverso obbligo nel padre, e nel figlio, dappoichè i rapporti sono diversi. Mio padre, se mancato fosse senza figli, restituir doveva a' congiunti di suo padre la metà de' beni, che avea da lui ereditati; e non avendo congiunti dal lato materno, potea de' beni ereditati da sua madre liberamente disporre; siccome a suo grado dispor poteva de' beni di suo proprio acquisto. Tutti tali beni ha egli in me suo figliuolo trasmessi. Io al contrario, senza figli mancando, non debbo al patruo restituire la sola metà di que' beni, che mio padre avrebbe avuto obbligo di dargli, ma anche la metà di quelli, che mio padre acquistò da sua madre, e la metà di quelli ancora, che furon di suo proprio acquisto, non dovendo in me esser di norma l'obbligazion di mio padre, ma il di lui desiderio, e la sua presunta volontà, la quale credesi essere stata di dar tutti i suoi beni al di lui più prossimo congiunto, se non avesse avuto de' figli; onde ciò, che in mio padre era arbitrio, diviene in me necessità, perchè quell'arbitrio si presume in favore de' suoi congiunti. E siccome egli lasciando la metà di tutti i beni ereditati dal padre al congiunto paterno, adempiva alla presunta volontà del medesimo, così io debbo, per adempire alla presunta volontà di mio padre, restituire a'suoi congiunti la metà di tutti que'beni, che ho ereditati da lui. Perciò quel dritto, che il fratello nella succession del fratello non aveva, lo acquista nella succession del nipote, per effetto dell'union delle linee, e di doversi la prossima, e non la rimota pervenienza de' beni considerare.

Ei sembra, che le cose dette dimostrino fino all'ultima evidenza coteste innegabili verità, cioè che la Consuetudine invita egualmente tutti gli agnati, e tutti i cognati del lato paterno, o materno, e che ciò chiaramente lo esprime la lettera della Consuetudine, e la più vera, e solida ragione, che può di quella immaginarsi, se pur lice immaginar ragioni, ove il senso delle leggi è chiaro, e manifesto. Che i congiunti tutti son nella linea paterna, o ma-

materna del defunto, la quale incomincia dal moriente per mezzo del padre, non già per mezzo dell' avo, perchè i beni non son più averni, ma paterni, dovendosi riguardare l'origine prossima della pervenienza, giacchè col cambiamento di mani, e di possessori, cambiasi anche la natura de' beni, il nome della linea, e l'obbligo del congiunto.

Avendo di già pienamente esaminato, qual sia l'intelligenza delle nostre Consuetudini, passiamo ad osservare quel, che da' nostri Dottori si è opinato.

Di una dottrina del Napodano male intesa da alcuni.

ED in prima ci si offre il Napodano, il quale, e per la sua antichità, e per la sua espertezza, ottiene meritamente fra i Consuetudinisti la palma, sebbene egli sia stato seguito, allor che ha da vero interprete comentate legalmente le Consuetudini, ed abbandonato là dove o ha preso errore, o senza ragione ha favellato (1). Si pretende, che questo peritissimo scrittore abbia dall'ordine de' cognati di suo capriccio esclusi que' congiunti, che non discendon da femmina agnata al defunto. Non si faccia però sì grave torto alla memoria di un tal valent'uomo, dicendosi di avere insegnato un errore così madornale. Egli non è stato ben inteso da quei, che vollero in questo inganno volontariamente inciampare (2).

La prima ragione, che si produce, per far credere, che abbia il Napo-

(1) Veggasi ciò, ch'egli dice della rinuncia su la Consuetudine *Si moriatur, Voc. Ipsi successores n. 39.*, ove Carlo de Rosa nella nota marginale avverte. *Contra Napodanum hic judicatum refert Marinus Fritzius sup. fol. 72. glos. Renunciatio, Præs. de Franchis dec. 67., Reg. de Ponte Cons. 40. n. 6. vol. 1.*

(2) Carlo di Rosa, come si dirà in appresso.

Napodano in tal modo pensato, è il dire, che spiegando egli quelle parole della Consuetudine *Si quis*, *vel si qua*, *Ex parte patris*, si avvale per avventura in esempio di un testo feudale, onde per via d' illazioni vuol dedursi, che siccome in un feudo antico, dall' avo all' ultimo moriente pervenuto, succeder non può chi gli è congiunto per parte dell' ava, per non esser discendente *ex latere feudi*, così anche avvenga nel successore consuetudinario, e non debbasi riguardare l' attacco prossimo al defunto *ex latere* del padre, ma il rimoto con colui, dal quale sono i beni al padre pervenuti. Ed ecco in sostanza, dall' aver Napodano allegato in esempio un semplice testo feudale, innalzato un grande edificio, che la successione consuetudinaria abbiasi realmente a regolare secondo la successione feudale, diroccando così la massima la più fondamentale de' nostri scrittori, che le Consuetudini riguardano solo la prossima, e non la remota origine de' beni.

Ma per ismentire tutte coteste spiritose deduzioni, che trar si vogliono da una semplice citazione, esaminiamo il luogo del Napodano, esaminiamo il testo feudale, che e' cita, ed esaminiamo in fine la illazione, che se ne vuol dedurre.

Il Napodano, uomo di gran lettura, e che smaltir voleva tutte le sue cognizioni, fermandosi ad ogni parola delle Consuetudini, e bene spesso andando in cerca di grammaticali etimologie, fermossi eziandio sulle voci *Ex parte patris* della Consuetudine *Si quis*, *vel si qua*, parole per altro di per se stesse chiare cotanto, che non han bisogno di veruna spiega; ma pure egli non tanto per ispiegarle, od illustrarle, quanto per fare una vana pompa del suo sapere, ch' era la passion de' Scrittori del suo tempo, disse così: *Ex parte patris*, *id est ex stirpe*, *vel progenie patris*, *ista enim sunt paria*, *ut I. Regum cap.17. in fin.*, *vel id est ex linea patris*, *ut patet in 10. Collat. de natura successionis feud. in fin.*, *& hoc innuit sequens littera*, *ibi vel aliquo ex linea materna*, *& intellige de linea ascendenti*, *descendenti*, *& collaterali*, *nisi sit controversia inter li-*

 neam,

neam, *&* *lineam* (1), cioè *inter lineam ascendentem*, *descendentem*, *&* *collateralem*.

Nel sacro testo, ch' e' cita, del libro de' Re, altro non si contiene, se non che un' interrogazione, che fa a Davide il Re Saulle, *de qua progenie es adolescens?* che a buon conto vuol dire, *tu di chi sei figlio?* Il testo feudale poi dispone, che se un feudo si è diviso fra più linee, non può passare in un' altra linea, se non estinta, ed evacuata interamente la linea contentiva prossima dell' attual possessore. Son queste le parole. *Si ille, qui feudum habet, decesserit, nullo relicto filio, an ad omnes, vel ad quos perveniat, quæritur? Respondeo, ad solos, vel ad omnes, qui ex illa linea sunt, ex qua ille fuit. Et hoc est, quod dicitur ad proximiores pertinere. Isti vero proximiores esse dicuntur respectu aliarum linearum: sed omnibus hac linea deficientibus, omnes aliæ lineæ æqualiter vocantur* (2).

Se dunque da tutto ciò, che cita il Napodano, si vuol prendere argomento di aversi la successione consuetudinaria a regolare; bisognerebbe, che questa fosse la successione universale di tutte le nazioni. Ed in fatti perchè il Napodano cita il vecchio testamento, converrebbe regolar la nostra successione secondo quella degli Ebrei, e trascriver nel nostro Codice Consuetudinario le leggi Giudaiche dal dotto Seldeno raccolte. Così similmente il Codice delle Consuetudini feudali di Lombardia sarebbe il no-

(1) *Napodan. ad Conf. Si quis, vel si qua num. 167.* Colla stessa vanità egli spiegando nel §. *Eas autem* della Consuetudine *Si moriatur* le voci *secundum paragium*, *&* *facultates*, fa una lunga nota sulla intelligenza della voce *facultates*, dicendo, *facultates*, *idest substantiam*, *seu bona*, e cita varj testi del diritto Civile, e Canonico, ed un passo del Genesi al capo 31., ov' è scritto: *de illius facultate ditatus. Sed non erat his locus:* e così in altri luoghi.

(2) *II. Feudor. 50.*

nostro Codice Consuetudinario ancora, poichè non quivi solo, ma in mille luoghi il Napodano cita e la Sacra Bibbia, ed i testi feudali.

Ma oltre che il testo feudale, ch' ei cita, non è quello, il quale dispone, che ne' feudi antichi succeder non possano, se non i discendenti dal primo investito, giacchè il testo, che ciò prescrive, è sotto il titolo *de successione fratrum, vel gradibus succedentium in feudo* (1), pure il dirsi, che nella successione consuetudinaria abbiasi, come nella successione de' feudi, ad indagare la remota origine de' beni, ed andare in cerca del discendente del primo acquirente, è un errore riprovato dallo stesso Napodano, il quale disse. *Non debemus inspicere principium primæ adquisitionis, quia non agimus de illa, sed de secunda* (2), ed unanimamente da tutti i nostri Scrittori proscritto, siccome si è di sopra lungamente provato. Sicchè l' illazione, che si vuol dedurre dalla citazione del Napodano, è strana, è assurda, è riprovata, e dal Napodano stesso, e ad una voce da tutti, essendo diversa la ragione della successione feudale dalla successione consuetudinaria, quanto è diverso l'andar nella prima in cerca della rimota origine della pervenienza de' beni, ascendendo all' avo, al proavo, ed anche più oltre, se bisognasse, finchè s' incontra la linea del primo investito, e nella seconda di non oltrepassare l' origine prossima, ed immediata.

Si dice in secondo luogo, che il Napodano nel noverare i congiunti *ex parte patris* disegnò il patruo, e l' amita magna, ma omise l' avunculo, e la matertera magna, onde questi ultimi fra' congiunti *ex parte patris* ei comprender non volle, ed a tale oggetto citasi questo luogo del medesimo. *Quidam decessit, relictis patruo, vel amita, qui sunt patris frater, & soror, necnon relicto magno patruo, & magna amita, qui sunt avi paterni frater, & soror* (3). Ecco, si dice, che il Napodano qui non soggiunse, *necnon*

(1) *II. Feudor.* 11.
(2) *Ad d. Cons. n.* 241.
(3) *Ad Cons. Si quis, vel si qua n.* 136.

non magno avunculo, & magna matertera, qui ſunt aviæ paternæ frater, & ſoror. Ma adagio. Noi dir non vogliamo, che gli eſempj ſervono per illuſtrare, non per reſtringer la regola (1), e che un autore, il quale allega degli eſempj, ſi contenta di produrne alcuni, potendo il lettore da ſe ſteſſo adattarvi gli altri, e che altrimenti il Napodano avrebbe dovuto, e traſcrivere, e più, e più volte ripetere la lunghiſſima, e nojoſiſſima legge 10. *ff. de gradibus*, la quale in queſto ſolo quarto grado novera 80. perſone; ma preghiamo ſolo i noſtri Avverſarj di leggere quel, che un poco più giù dice il Napodano. Dopo di aver egli parlato de' congiunti *ex parte patris*, paſſa a favellar de'congiunti *ex parte matris* in queſt' altro modo. *Si autem defunctus habuit bona materna, vel ex linea matris provenientia, ſimiliter prædicti collaterales maternæ lineæ aſcendentis ſuccedunt in ipſis bonis maternis ſecundum prærogativam gradus, ſecundum ſuperiorem cenſuram, ut avunculus, vel matertera, id eſt matris frater, & ſoror, qui ſunt in tertio gradu, præferuntur in ipſis bonis maternis magno avunculo, & magnæ materteræ, qui ſunt in quarto gradu, & ſic deinceps. Et ſimiliter matertera excludit filios alterius materteræ defuncti, ſicut dixi in patruo, & in bonis paternis* (2). L'avunculo magno, e la magna matertera ſono il fratello, e la ſorella dell'ava, e non dell'avo. *Avunculus magnus, matertera magna, ideſt aviæ frater, & ſoror* (3).

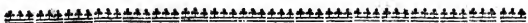
Or

(1) *V. L.* 30. §. 2. *ff. de damn. infect.*, *L.*1. §.25. *ff. de vi, & vi armata.*

(2) *Ad d. Conſ. n.* 138.

(3) *L.* 1. §. *6. ff. de gradibus*. Odaſi anche la *L.* 10. §.15. *eod. Avunculus magnus eſt aviæ frater: quatuor perſonæ huic nomini eadem ratione ſubjectæ ſunt, mihique is eſt avunculus magnus, qui patri meo, vel matri meæ avunculus eſt. Matertera magna eſt aviæ ſoror, quatuor modis & hæc ob eamdem cauſam intelligitur; ea, quæ patri meo, vel matri meæ matertera eſt, mihi matertera magna vocatur.*

r dunque l'argomento, che si trae da' detti di Napodano, per sostenere di essersi i congiunti per parte dell'ava paterna dalla successione esclusi, poichè egli fra i propinqui *ex parte patris* non gli nominò, val tanto, quanto il dire, che i congiunti per parte dell'avo materno debbano essere egualmente esclusi, ed ammessi i soli congiunti per parte dell'ava, perchè l'istesso Napodano annovera solo l'avunculo, e la matertera magna, e non già il patruo, e l'amita magna come prossimiori per parte dell'avo materno. Ma egli, per non annojare il lettore con spesse inutili repetizioni, credendo parlare agl' intendenti del dritto, tolse in esempio le persone del patruo, ed amita magna, e le adattò al primo caso de' congiunti *ex parte patris*, e le persone dell'avunculo, e matertera magna, e le appropriò al secondo caso de' congiunti *ex parte matris*, persuaso, che le quattro nominate persone, due delle quali produsse in esempio pel primo, e due pel secondo caso, appartenevano tutte egualmente al secondo, ed al primo. Si è già veduto, che il Napodano novera fra i congiunti, e successori consuetudinarj espressamente l'avunculo, e la matertera magna, ma se ciò non bastasse, ecco un altro luogo, ove egli fra tai successori ascrive l'ava paterna, e l'ava materna, persone, le quali, a senso de' nostri contraddittori, non dovrebbero essere nella succession lineale de' beni pervenuti al di loro nipote dall'avo paterno, e dall'avo materno: *Pone sic casum: decessit quis, superstitibus avo, vel avia, proavo, vel proavia paternis, superstitibus etiam sibi avo, vel avia, proavo, vel proavia maternis, & sic de aliis sursum: quaeritur, quis ordo est succedendi, liberis non extantibus? Et respondeo, quod avus, vel avia paternus praefertur proavo, vel proaviae paternis, ac avo, & aviae, ac proavo, & proaviae maternis, in bonis omnibus defuncti, praeterquam in bonis, quae obvenerunt eidem d functo a matre, vel a linea materna, in quibus succedunt avus, & avia materna, & caeteri ascendentes secundum gradum, & sic inter eos, qui sunt in eadem linea, & ex eadem parte, puta patris, vel matris, habet locum praerogativa gradus, ut hic*

in

in verbo proximiores (1). Ed il Napodano allor che fa concorrere *in bonis paternis* l'avo, e l'ava paterni, e ne' beni materni l'avo, e l'ava materni, e l'ava preferisce al proavo, non parla, che della successione consuetudinaria; e colla distinzione de' beni.

In oltre spiegando cotesto Autore, quali si dicono beni antichi; e facendo eco alla Consuetudine *Si aliquis moriens*, la quale dice, esser tali quelli, che ne pervengono *a consanguineis ex quocumque latere* (2), così si esprime. *Hæc prædicta verba* EX QUOCUMQUE LATERE *non ponuntur ad denotandam distinctionem linearum, sed bonorum adquisitorum per eum, vel obvenientium a consanguineis quibuscumque. Item* USUALIA VERBA SUNT DICERE, EX QUO LATERE TALIS ATTINET TALI, NEC PER HOC DISTINGUIMUS LINEAS (3).

In fatti i beni antichi, de'quali un testatore non può disporre, che della sola metà, sono, secondo detta Consuetudine, quelli, che gli pervengono *a consanguineis ex quocumque latere* (4), e questi son quelli stessi beni, de' quali dispone la Consuetudine *Et si testator* doverne il testatore serbar la metà a' prossimiori agnati, e cognati (5); e de'

---

(1) *In Cons. Si quis, vel si qua n.* 129.

(2) *De bonis autem paternis, & maternis ipsius defuncti, & aliis bonis sibi a consanguineis ex quocumque latere obvenientibus usque ad medietatem tenetur liberis relinquere. Cons. Si aliquis moriens.*

(3) *Ad Cons. Si aliquis moriens n.*15.

(4) *Nota, quod verbum Consanguinei implicat agnatos, & cognatos, secundum usualia verba Civitatis Neapolis, secus est de jure Communi, Napodan. ad Cons. Si quis habet n.* 20. *Ex quocumque latere obvenerint, etiam ex transverso, ex quibuscumque gradibus, & lineis, habet locum Consuetudo*, notò Camillo Salerno *glos. Nota in Cons. Si aliquis moriens sub n.* 15.

(5) *Potest de bonis paternis, & maternis, & aliis ab agnatis, & cognatis sibi obvenientibus disponere juxta velle usque ad medietatem ipsorum bonorum: reliqua autem medietas perveniat ad proximiores agnatos, & cognatos, prout in capitulis de successionibus ab intestato dictum est. Cons. Et si testator.*

e de' quali dispone la Consuetudine *Si quis* , *vel si qua* di doversi dare a' prossimiori *ex parte matris*, chiamandogli beni , *quæ obvenerunt ab aliquo ex linea materna* (1). Ora a queste Consuetudini bisognerebbe far la chiosa , insegnando non esser beni antichi pervenuti dagli agnati, e cognati, quelli, che il figlio del figlio di una sorella lascia in testamento, o dona al suo zio, figlio del fratello di sua ava, perchè questo donante non è al donatario nè agnato, nè cognato, benchè gli sia nipote cugino . E se s' interroga, secondo le voci usuali del paese, *ex quo latere* quel tale donante *attinet* al tale donatario, si risponde da niun lato! Lasciamo ogni uom di buon senso a meditare sopra così frivoli sofismi, ed a considerare, se abbia Napodano potuto pensare con questo criterio.

Ma a che annojar più a lungo il nostro lettore su la sentenza del Napodano, se egli nella successione consuetudinaria include tutti quei congiunti, ammessi dal Pretore nel successorio Editto, e non n' esclude che i soli affini, che l'Editto similmente escluse, a cui pienamente si uniforma? Non rincresca di leggere le sue parole, benchè parte di esse si sian anche di sopra rapportate. *Linea est supra, infra, & ex latere, ff. de gradibus l. stemmata, Inst. de gradibus in principio. Gradus autem sunt in linea, & a linea causatur, & fit, ut ibi, & l.1. pr., l. jurisconsultus pr., l. gradus eod., Inst. eod. pr., & sic linea est quædam scala, in qua sunt gradus, ex quibus scala supra causatur, & hoc videtur intelligi usque ad septem gradus, nam ultra non videtur existere linea cognationis, eo. tit. l. non facile pr. Item quia per unde cognati non succederent ultra septem gradus, ff. unde cognati l.1., & sic proximiores ex parte matris ultra septem gradus non videntur posse succedere, quia succedunt jure cognationis: sed certe in l.* non facile *dicitur fere, vel in quantum, ad hoc, ut gradus ipsi ha-*

(1) *Proximiores ex parte patris succedunt in bonis omnibus defuncti, præterquam in bonis, quæ obvenerunt eidem defuncto a matre, vel aliquo ex linea materna.*

habeant nomina propria & distincta , nam ultra septem gradus dicuntur parentes, seu majores , ut dixi proxima Consuetudine , & pro hoc est glossa ff. de in jus vocando l. quoque , & ita loquitur hic , cum non adstringat se ad aliquem gradum . Sed quid de viro , nuru , socero , & aliis affinibus matris , an succedant ut proximiores ex parte matris? & an si ex eis pervenerit aliquid ad defunctum, videatur ex linea materna obvenisse? Respondeo non , nam affinitatis nulla est linea , seu gradus , ut d. l. non facile §. gradus vero affinitatis (1) . *Inter affines autem*, dice in altro luogo, *nulla est successio , quia affinitatis nulli sunt gradus . . . non enim habet locum successio, nisi inter agnatos, & cognatos . Item adverte, quod licet inter affines nulli sunt gradus consanguinitatis , nullaque parentela , & sic nulla successio , tamen inter descendentes ex eis sunt gradus consanguinitatis & parentelæ* (2) . E dopo ciò facendo egli notare le concordanze , e diversità del diritto Consuetudinario , e del diritto Romano , dice , che in altro non differiscono, se non nella distinzione de' beni, e nella separazione delle linee de' congiunti . *Ex præmissis patet , in quo discordat hoc jus a jure communi , quia quantum ad distinctionem bonorum , & conjunctiones personarum ex uno latere conjunctarum* (3) .

Questi luoghi del Napodano ne mostrano apertamente il suo modo di pensare . Colui , che ammette alla successione tutti i cognati , che ne noveri i gradi giusta l' Editto successorio, che non ne esclude , se non i soli affini , e non eccettua da' beni antichi , se non quelli , che dagli affini ne pervengono , costui si dirà , che n' escluda i cognati , i quali non discendono da agnate !

DI simile avviso furon tutti gli antichi Glosatori delle Consuetudini , i quali, giusta gl' insegnamenti del Napodano, includendo tutti gli agnati , e i cognati , non altri dalla suc-

(1) *Ad Consuet. Si quis , vel si qua n.* 237.
(2) *Ad Consf. Si quis, vel si qua n.* 149. & 150.
(3) *Eod.*

cessione esclusero, che i soli affini. Marino Freccia: *Proximiores ex parte matris intellige in gradu consanguinitatis, non affinitatis, ut dicitur in prima glos. vers. inter affines n.* 149. (1), ed Antonio d' Alessandro: *Nota, quod in bonis obvenientibus ab affinibus non habent locum istæ Consuetudines* (2).

Dietro a questi principj, quante volte è accaduto di dover l' ava succedere al nipote ne' beni pervenutigli dall' avo di lei marito, altrettante volte è stata alla successione ammessa, siccome di sopra avvertimmo. Il fratello uterino si è detto dover succedere al nipote, figlio dell' altro fratello, ne' beni paterni, nè mai fu controversia, che fra i cognati i congiunti per lo lato dell' ava fossero esclusi.

Si ragiona di un consiglio del Molfesio.

MA queste sane, e legali teoriche degli antichi non furon da veruno turbate fino a' tempi del Molfesio, cioè fino a' principj del XVII. secolo. Costui scrisse un consiglio (3) a pro di Giambattista, ed Ottavio Massa, congiunti in quinto grado per lo lato dell'avo materno a Vincenzio de Lega, della di cui eredità si trattava, in esclusione di Valerio di Palma in egual grado propinquo per parte dell'ava materna; e sostenne doversi i congiunti per parte dell' avo preferire a'congiunti per parte dell'ava, benchè egli ingenuamente confessi, che molti sentivan l' opposto, e di avere *varios contradictores*, e che perciò rimettevasi al giudizio *melius sentientis* (4). Vedesi dunque, che non si disputava, se non di una prelazione fra più congiunti della medesima linea, come in fatti egli conchiude il suo consiglio, dicendo di opinare per l'esclusion de' congiunti dalla parte dell'ava in concorso de' propinqui della famiglia dell'avo

(1) *In glos. Vide Socinum ad Cons. Si quis, vel si qua sub n.* 123.
(2) *In d. Cons. glos. Nota sub n.* 138.
(3) *Cons.* 50.
(4) *Cons.* 50. *in princ. & fin.*

l'avo, per lo motivo della conservazione de' beni nella famiglia, qual motivo prevaler dovesse almeno in concorso di molti congiunti. *Quod autem idemmet replicabat, ut Consuetudines non habuerint rationem conservationis bonorum in familia, non est verum simpliciter, regulariter enim habent talem rationem. Fateor tamen, quod non est generalis, & perpetua, semper tamen habetur ratio prædicta in consideratione, quando adest concursus plurium personarum ejusdem lineæ, prout est in casu nostro; quia licet sint ejusdem lineæ maternæ, non tamen sunt omnes ex ea parte, unde bona obvenerunt, & successive, dum adest ratio conservationis bonorum ex parte istorum de Massa, & non ex parte dicti Valerii, Valerio excluso, succedunt prædicti de Massa* (1).

Ma non meno in questo consiglio, in cui egli trattava da avvocato la difesa del suo cliente, che nella sua opera, non mai esclude del tutto i cognati per parte dell'ava dalla successione, dicendo solo, che l'agnazione dovesse preferirsi nel concorso di più congiunti della stessa linea. *Quo fit, ut illa ratio conservandi bona penes illos, ex quorum linea pervenerunt, sive expressa, sive tacita, non sit in consideratione semper, & ubique, sed quando adesset concursus plurium personarum ejusdem lineæ; sed cessante concursu plurium personarum ejusdem lineæ, cessat ratio, & Consuetudinis dispositio* (2). Ma pure la causa da lui difesa non fu decisa nè in pro de' suoi clientoli, nè dell'altra parte; imperciocchè riferisce il Montano, che, a relazione del Consiglier Gio: Battista Migliore, *fuit prælata Lucretia de Massa, uti proximior in gradu, & conjuncta Jo: Vincentio ex linea materna* (3). Non era costei fra que' contendenti, poichè non si porta com' erede di que' due, ma era forse una prossimiore, che sopravvenne, onde *fuit prælata uti proximior in gradu, & conjuncta ex linea materna*. Comunque ciò sia, ognun compren-

(1) *D. Consil.* 50. *in fin.*
(2) *Vol.* 1. *P.* 4. *qu.* 45. *n.* 56.
(3) *Controv.* 1. *n.* 28. *in fin.*

prende esser lungamente da quello diverso il caso nostro, ove non siamo in concorso di altri congiunti per parte dell'avo, o di eguale, o anche di più remoto grado, fra' quali possa esser contesa di preferenza; ma il Duca di Castelluccio è l'unico congiunto, che il padre del Duca D. Vincenzo Arcamone aveva, ed è perciò l'unico parente di costui *ex parte patris*.

Quindi Carlantonio de Luca nel suo trattato *de linea legali* non esitò punto ad ammettere il congiunto per parte dell'ava in una disputa, simile alla presente, che colle proprie di lui parole rapporteremo. *Contingit nunc disceptari, an proximiores cognati mulieris defunctæ succedant de jure Consuetudinario in bonis ab avo materno obventis, vel potius agnati proximiores avi, aut maritus dictæ mulieris defunctæ heres institutus excludat proximiores cognatos? Casus est in M. C. inter Claram Argentinam Vago, sororem tertiam qu. Franciscæ Menhart, & Andream Paschalem, maritum, & heredem testamentarium dictæ Franciscæ. Heres enim testamentarius asserit obvenisse bona dictæ Franciscæ olim suæ uxori a qu. Joanne Castello, avo materno, cui affinitatis, & non cognationis jure conjuncta est ipsa Clara, uti veniens ex latere aviæ maternæ, & consequenter uti affinis non potest succedere in dictis bonis.* Rapporta il consiglio 100. del Rovito, e dice essere stato approvato, e commendato dal Fontanella, e dal Senato di Catalogna, e che tal sentimento è uniforme a ciò, che ne pensarono l'Afflitto, Curzio il giovine, il Cancerio, ed altri Scrittori di grave autorità. Quindi così conchiude. *Si opinionem meam in medium proferre debeo, in hac re, citra dubietatem, puto dicendum, bona nepti obventa ab avo materno dici materna, & obventa ex linea materna, si enim aliter diceretur in hoc casu, neque avus maternus succedere posset, cum bona sint duplicis speciei, vel paterna, seu ex linea paterna, alia sunt materna, seu a linea materna obventa. Rursus, si linea est duplex, paterna, & materna; & hoc casu si linea materna incipit a matre filiæ defunctæ, & paterna linea a patre defunctæ, per* con-

consequens videtur mutata linea matris filiæ Franciscæ, de cujus successione agitur (1).

Di una dottrina di Carlo de Rosa.

Si è già veduto, che il Molfesio non tentò di escludere dalla successione i congiunti per parte dell'ava, ma solo di preferire i congiunti dalla parte dell'avo, che aveano eguale prossimità: nè alcuno imprese giammai di escludere i congiunti per parte dell'ava, essendo soli; se non che Carlo de Rosa si lasciò il primo uscir di bocca queste parole: *Ad mentem hujus Consuetudinis proximiores ex parte patris non solum erunt agnati, qui derivantur ex masculis, sed etiam erunt cognati, qui derivantur ex fœminis: dummodo fœminæ, ex quibus isti cognati derivantur, sint agnatæ, Napodanus hic n.*168 (2). Questo è l'unico Scrittore, cui sia caduto in mente quel *dummodo fœminæ sint agnatæ*. Ma o innavvertentemente ciò disse, o lo credè un pensiero del Napodano, e non suo; poichè nel corso della sua opera egli l'abbandona all'in tutto, ed adotta massime opposte. In fatti abbiamo fin dal principio notato, ch'egli comentando la stessa Consuetudine ne' numeri seguenti, al numero 411. insegna, che i diritti della successione debbon esser reciproci, *& quemadmodum ego succedo tibi, tu succedas mihi*: ed in questo caso di femmina agnata da una parte sola, si perderebbe tale equilibrio. Abbiamo in oltre veduto, ch'egli ammette alla successione del nipote ne' beni paterni il patruo uterino, che

non

(1) *De linea legali lib. I. art. 3. n. 42. ad* 44. Veggasi anche lo stesso Autore sulla *decis.* 652. del Presidente de Franchis dal *n. 7.*

(2) *Ad Cons. Si quis, vel si qua n. 366. seqq.*

non discende punto da donna agnata (1) ; onde dobbiam conchiudere, che quella poco ponderata proposizione, gittata appena con quattro parole in un sito della sua opera, non fu da lui più attesa, anzi fu derelitta, e rifiutata.

A' Tempi nostri si è discettato della successione di Felicia de Turri ne' beni a lei pervenuti da Fortunata Bombace sua madre. Esisteva nella morte di costei una donna congiunta dello stesso casato Bombace, detta Floridalba, vedova di D. Matteo Mazzone il vecchio, ed ava di D. Matteo juniore, la quale poco le sopravvisse. Il di lei nipote escluder voleva i fratelli Figliola dello stesso lato materno, ma non discendenti da femmina agnata, ed i di lui difensori, per fondare un diritto di prelazione degli agnati, e de'congiunti da femmina agnata, sopra gli altri, andarono in cerca di una legge di Licurgo, riferita da Eubone Emmio (2) ne' seguenti termini : *Semper habeatur ratio proximitatis, & mares, aut e maribus geniti, aut genitæ cæteris præferantur* ; e per farci di origine Spartani, assunsero quella stessa favoletta, che le Consuetudini avessero principio dalle antiche leggi della Grecia ; il che abbiam veduto esser tanto vero, quanto è vero, che i nostri feudi traggano dal Genesi, e da' Paralipomeni i natali, siccome qualche bizzarro scrittore s'ingegnò di provare (3). Si valsero parimente i difensori di Mazzone di quel testo feudale, che citò Napodano insieme col vecchio testamento, nel definire i prossimiori *ex parte patris*; ed in questo testo si dice, che nella succession feudale diasi il primo luogo alla linea contentiva prossima del possessore del feudo : *isti vero proximiores dicuntur respectu aliarum linearum :* ma si soggiunge però : *Sed omnibus hac linea*

C

(1) *Dal num. 384. al 392. di detta Consuetudine.*
(2) *De Populo Lacedæmon., exst. in Gronov. Thesaur. antiq. Græc. Tom. IV. p. 483.*
(3) *Jo: Niellus disp. feudal. 1. thes. 1., Samuel Reyberus diss. de feudorum origine, & libris cap. 2.*

nea deficientibus, *omnes aliæ lineæ æqualiter vocantur* (1). E finalmente allegarono il configlio del Molfefio, afferendo di doverfi in concorfo preferire fra i congiunti l'agnato della linea, fecondo lo fpirito delle noftre Confuetudini. Dalle quali rifleffioni ritraevano una poziorità di dritto in favor di una femmina agnata, che portava lo fteffo cognome della famiglia di colei, che aveva alla defunta Felicia de Turri i fuoi beni trafmeffi.

Ognun fa le varie giudicature in quella caufa avvenute; il cambiamento del tempo, che a Mazzone giovò, anche in far cambiare i giudici; e che molti dotti Uomini pronunciarono quella fentenza di Lucano: *Victrix caufa Diis placuit*.

Ma per dar compimento a quefta dimoftrazione, diciamo, che fe fi è tentato fenza verun principio di ragione efcludere altri congiunti in concorfo di femmina agnata, ovvero in concorfo di difcendenti da lei, in termini di prelazione; non fi è ofato giammai di efcludere i congiunti, che fian foli, nè abbian altri, che poffan loro preferirfi; effendo ciò cofa affurda, ed oppofta al fiftema generale delle fucceffioni, che nella reciprocazione confifte.

PARTE

(1) *II. Feudor.* 50.

PARTE II.

La Duchessa D. Clelia Caracciolo, essendosi tolta col patto di Capuana e Nido dall'ordine de' legittimi successori del Duca D.Vincenzo Arcamone, suo figlio, non può, per effetto del di costui testamento, escludere i venienti ab inteſtato *dalla metà consuetudinaria*.

ABbiam di già pienamente dimoſtrati i diritti di proſſimità, che ha il Duca di Caſtelluccio alla ſucceſſione del defunto Duca di S. Demetrio D. Vincenzo Arcamone, tempo è omai di rivolgerci alla noſtra contraddittrice, e provare, che la Ducheſſa D. Clelia Caracciolo eſcluſa, mercè l'eſpreſſa convenzione ne'di lei capitoli matrimoniali, contratti ſecondo l'uſo di Capuana e Nido, dall'ordine de' legittimi ſucceſſori di ſuo figlio, non può in veruna guiſa aſpirare, per lo di lui teſtamento, alla metà conſuetudinaria.

CAP. I.

Origine dell' uso di Capuana e Nido.

L' Esistenza del padre, e della madre, che tengono il primo grado di prossimità nella successione del figlio, il quale muore senza prole, fa tacere il diritto degli altri rimoziori congiunti del lato paterno, e materno: quindi i nostri Consuetudinisti come un aforismo insegnarono, *Patre, vel matre existente in medio, cessant Consuetudines*, cioè che cessa la Consuetudine *Si quis, vel si qua*, la quale dispone, dover i prossimiori *ex parte patris* al defunto succedere in tutt'i beni, in esclusione di quei della linea materna, e questi secondi dover succedere ne' soli beni materni, e che perciò la successione regolar si debba secondo il diritto Comune stabilito nell'Autentica *Defuncto Cod. ad Senatusconf. Tertyllianum*, o sia nella Novella 118. Dissero similmente, che in conseguenza cessa l'altra Consuetudine *Et si testator*, ch' è un appendice della Consuetudine *Si quis, vel si qua*, la quale stabilisce, che il cittadino Napolitano possa di una sola metà de' beni antichi disporre, atteso l'altra pervenir deve a' prossimiori della linea paterna, e materna, invitati dalla Consuetudine *Si quis, vel si qua*, a cui questa del tutto si rimette: *Reliqua autem medietas perveniat ad proximiores agnatos, & cognatos, prout in capitulis de successionibus ab intestato dictum est*. Tutto ciò espresse Napodano il primo ne' suoi Comenti alla Consuetudine *Si quis, vel si qua*, e su la voce *Proximiores* dell' altra Consuetudine *Et si testator*, e con esso concordemente tutt' i Chiosatori di dette Consuetudini.

Ma i Nobili delle due piazze di Capuana, e Nido, introdussero il costume di stipular ne' capitoli matrimoniali un patto per far cessare l' aforismo, e dar luogo a tutto il sistema successorio delle nostre Consuetudini, anche nell' esistenza del padre, e della madre. Essi videro, esservi nella legislazion consuetudinaria, la quale prescrive la successión lineale, o in tutt' i beni del defunto, o nella metà di essi, uno sconcio, ed una laguna,

na, che il padre, quantunque congiunto della linea paterna, escludeva i congiunti del lato materno ne' beni materni, e che la madre, movendosi anch'ella dal sito suo, veniva ad occupare il primo luogo fra i congiunti paterni. Eranvi stati Giuristi, e Cittadini Napolitani prima del Napodano, de' quali questo autore fa menzione, che sostenevano, doversi la Consuetudine *Si quis, vel si qua* osservare anche nell' esistenza del padre, e della madre, e che il padre tenesse il primo grado fra i soli congiunti paterni, e la madre fra i soli materni, poichè forse costoro non furon sì sottili grammatici, come il Napodano (1), nel non comprendere il padre nella voce *proximiores ex parte patris*, e la madre fra i prossimiori *ex parte matris*; anzi fino a'tempi di Gio: Angelo Pisanelli furonvi anche alcuni Dottori, che continuavano tuttavia a ciò sostenere contra l' opinione del Napodano (2). Quindi se nella Consuetudine *Si quis, vel si qua* si leggesse: *Pater, & proximiores ex parte patris: mater, & proximiores ex parte matris*, ciò bastato sarebbe per rianimare anche nella costoro esistenza tutto il sistema Consuetudinario, che forse dagli antichi cittadini si osservava in que' tempi, che quì il dritto Romano ignoravasi; ed in tal caso siccome non vi sarebbe stato uopo introdursi l'uso di Capuana e Nido, così la madre istituita dal suo figlio erede osato non avrebbe pretendere la metà de' beni antichi, quando la Consuetudine *Et si testator* la disposizione di una sola metà al cittadino permette. Sicchè ad ottener questo intento inventarono i Nobili un patto, che avesse l'attività di escludere il padre dalla successione de' beni materni del figlio, e la madre

 dalla

(1) *Ad Conf. Si quis, vel si qua n.*182. *litt. b. Alia est appellatio proximiorum, simpliciter loquendo, quia tunc continetur pater, alia proximiorum ex parte patris, quia tunc pater non videtur includi, sed potius excludi a nuncupatione proximiorum*.

(2) Il Pisanelli li novera nella *glos. Napodanus* alla *Cons. Si quis, vel si qua sub n.* 182.

dalla succeſſione de' di coſtui beni paterni, facendo così ceſſare tutte le gloſe, o ſia limitazioni fatte dal Napodano, e dagli altri ſu le Conſuetudini, ſiccome avvertì Stefano di Gaeta: *Et ideo hodie in matrimonio* alla nova maniera *ceſſat ſucceſſio patris, & ceſſant omnes gloſſæ harum Conſuetudinum* (1). Il Napodano avea ſuggeriti i primi delineamenti di un tal patto, ed egli medeſimo, che lo avea dettato ſolamente al padre per le doti materne, che al figlio perveniſſero (2), diſſe, che ne ſeguiva il dinotato effetto, cioè veniva ad approvarſi l'opinion degli antichi Cittadini, e Giuriſti, i quali volevano, che le Conſuetudini aveſſer luogo, *etiam patre, vel matre exiſtente in medio. Et per excluſionem ſuam*, diſſe del padre il Napodano, *videtur adprobare opinionem illorum Civium, & Juriſtarum, qui dicunt, quod dos redire debet unde proceſſit, etiam patre exiſtente vivo* (3).

Che tale fu l'idea de' nobili di quelle due piazze, lo affermano tutti i noſtri Scrittori, il Preſidente de Franchis, il Reggente de Marinis, il Reggente de Ponte, il Conſiglier d' Anna, il Conſiglier de Giorgio, il Provenzale, il Montano, ed altri rapportati da Giuſeppe de Roſa, che narra accuratamente di queſt' uſo il principio, il progreſſo, e la cagione. Che coſa è il nuovo uſo, egli dice? *Aliud non eſt novus uſus, quam ſucceſſio juxta Conſuetudinem Si quis, vel ſi qua, addita parentum excluſione*. Togliete il padre da' proſſimiori *ex parte matris*, e fatelo rimaner ſolo nella ſua linea, cioè il primo *inter proximiores ex parte patris*, e la madre togliete da' proſſimiori *ex parte patris*, e ſtia fra i ſuoi materni congiunti, ed ecco l' effetto, e l' operazione dell' uſo, cioè *pater, & proximiores ex parte patris* da un lato, *mater, & proximiores ex parte matris* dall'altro (4). E Scipione

(1) *Ad Conſ. Si quis, vel ſi qua, gloſ. Nota quia ſub n.*222.
(2) In queſti termini è anche il patto preſſo Afflitto *dec.*237.
(3) *Ad Conſuetud. Si quis, vel ſi qua num.* 222.
(4) Egli l' origine, e la cauſa di queſt' uſo così riferiſce. *No-*

ne Teodoro narra la ſtoria dell' uſo nel modo da noi di ſopra deſcritto, dicendo, che così aveva egli inteſo da' ſuoi

Novus uſus Capuanæ & Nidi, ſive ſit vera conſuetudo, ſive ſit ſimplex renunciatio, ſive renunciandi uſus, certe nullam aliam ob cauſam fuit inventus, niſi ut parentes excluderet, & etiam iis exiſtentibus Conſuetudini Si quis, vel ſi qua, ac bonorum diſtinctioni locum faceret, nam cum Conſuetudo prædicta agnationi favens ſtatuiſſet, ut defuncto proximiores ex parte patris ſuccederent in bonis omnibus, præter quam in obventis ex parte matris, in quibus maternæ lineæ conjunctos vocavit, æquitate id ſuadente, ut bona eo redirent, unde erant egreſſa; hæc tamen diſpoſitio, ex interpretatione Prudentum, locum non habebat, patre, vel matre exiſtente in medio. Tunc igitur Conſuetudini locus erat, cum pater, vel mater in medio non erat; quoniam vero triplici modo parentes de medio tolli Napodanus metipſe docuerat, nempe morte, pactione, & præſcriptione, ideo nobiles Capuanæ, & Nidi, volentes, ut locus eſſet Conſuetudini, etiam patre, vel matre in medio exiſtente, cœperunt uti pactione parentum excluſiva, ſtabilientes, ut in capitulis matrimonialibus parentes ipſi ad invicem a ſucceſſione filiorum inteſtato morientium mutua renunciatione ſe excluderent, ad hoc, ut ipſis e medio ſublatis, & quaſi mortuis, fieret locus Conſuetudini: & hic contrahendi mos paſſim ab eis uſitatus cœpit quidem ab initio in vim pacti, ſed poſtea, ob uſum continuatum, accepit robur conſuetudinis, ad tollendam enim pactorum difficultatem, illa uſu ipſo confirmarunt, uti bene explicat Conſ. Theodorus, Regens de Ponte, optime Conſ. de Anna. Conſentit Conſ. de Georgio. Sequitur Donatus Antonius de Marinis, Conſ. Provenzalis, & ante eos Præſes de Franchis: imo, ut bene obſervant Franchis, & de Marinis, hic novus uſus fuit inductus ex doctrina Napodani, ubi poſuit modum, quo pater, vel mater pactione, ſeu renunciatione ſe excluderent, quod etiam

ſuoi maggiori, i quali appreſo l' aveano da altri più antichi (1).

CAP.

etiam notavit Conſiliarius de Georgio, & Provenzalis, Conſult. 6. Tom. 1. n. 66. ſeqq. V. anche il Montano *Controv. 1. n. 3.*, ed il Sorge *in juriſpr. For. Tom.6. cap. 14. n. 3.*

(1) *Alleg. I. n. 29. Quibus inconvenientibus ut occurreretur, introductus fuit novus uſus nobilium platearum, ſicut ipſa veriſimilitudo hoc indicat, & adeſt indubitata traditio, quam audivimus a majoribus noſtris, qui & audiviſſe dicebant ab aliis vetuſtioribus . . & Præſes* (de Franchis), *relata Conſuetudine, ſtatim ſubjungit, ſuperveniſſe Conſuetudinem nobilium platearum ad ſupplendum illud inconveniens.*

CAP. II.

Effetti del patto di Capuana e Nido.

DAlle cose dette si raccoglie, che l' unico oggetto, da' nobili di Capuana e Nido propostosi, fu quello di non turbare l'ordine successorio, giusta il sistema delle Consuetudini, o che esistessero, o no, il padre, e la madre del defunto. Crederono, che a conseguire un tale intento bastasse il patto da esso loro inventato, il quale contiene una scambievole rinuncia del padre alla successione de' figli *ab intestatò* ne' beni materni, e della madre ne' beni paterni, e disegna l' uso, che hassi a fare di tali beni, cioè che ne' beni paterni succedano i prossimiori *ex parte patris*, e ne' materni i prossimiori *ex parte matris* (1); e perciò il Napodano, e dopo lui il de Franchis (2) disse, che i contraenti

(1) La formola del patto, quale inserir si soleva ne' capitoli matrimoniali, vien trascritta distesamente, e parola a parola dall'Afflitto nella *decis.* 237., ed una tal formola è servita di norma a tutte le decisioni del S. C. Posteriormente il de Bottis, ed indi il Salerno inserirono nel Comento alla Consuetudine *Si quis*, *vel si qua* un riassunto del detto patto, o per meglio dire una notizia di ciò, che nel patto si contenea. Ma siccome questo non è, che una semplice notizia, si è creduto esser nell'Afflitto l'originale, e doversi a quello ricorrere, per vedere tutta l' estensione del patto. Evvi però qualche diversità fra l' uno, e l'altro, nello scioglimento di un gran dubbio, se morendo il figlio, dopo aver acquistate le doti materne, debba succedersi a lui, o alla madre, mentre nell'uso secondo Afflitto parlasi di restituzione di dote agli eredi della moglie, ed in quello di Salerno parlasi di successione al figlio *in bonis maternis*. Tal questione non è del caso presente.

(2) *Decis.* 552.

ti dalla respettiva successione si escludono *pactione*, *&* *renunciatione*, la rinuncia contenendo l' esclusione, ed il patto contenendo l' uso, che far si dee de' beni rinunciati, e la forma di succedervi (1).

A quest' uso in tutto uniformossi la Duchessa D. Clelia co' di lei capitoli matrimoniali, ov' è così scritto. *Secondo l'uso delle nobili piazze di Capuana, e Nido, volgarmente detto alla nuova maniera, colla rinuncia dell'una, e l'altra parte alla futura successione de' figli, che morissero in pupillari ætate, ovvero ab intestato quandocumque senza figli, e con altri patti soliti ad apponersi in detto nuovo uso.*

Veggiam pertanto in prima quali sian gli effetti della rinuncia, quindi quelli del patto.

Rapporto alla rinuncia, che nell' uso di Capuana e Nido si contiene, fa uopo osservare, esser diversa da quelle, che fan le donne, le quali passano a marito, in favor del padre, o de'fratelli. Queste non si reputano estintive, ma translative, perchè riguardano il solo favor de' maschi, e son sempre da un tal fine regolate, e dirette; per la qual cosa morendo i fratelli, e rimanendo al padre rinunciatario solo figliuole femmine, la rinunciante revindica i diritti rinunciati, per esser cessata la cagione, ond' ella a rinunciare, ed il padre ad accettar la rinuncia furono mossi, cioè il favor de' maschi, nella inesistenza de' quali nè ella rinunciato avrebbe, nè il padre avrebbe una tal rinuncia richiesta (2).

Ma non è tale, nè quest' oggetto si propone la rinuncia secondo

(1) *Napodan. ad Cons. Si quis, vel si qua n.* 194. *Pactione autem excluditur pater de medio dupliciter, scilicet per formam renunciationis, vel per formam alienationis, faciendo se alienum a jure sibi competente*, VEL IN ALIUM TRANSFERENDO.

(2) *Molfes. de renunc. qu.* 7. *n.* 27., *&* *qu.* 17. *n.* 12. *seqq.*, *de Marinis resol. lib.* 2. *cap.* 189., *&* *cap.* 191. *n.* 3., *Card. de Luca de renunc. disc.* 4. *n.* 16.

condo l' uſo di Capuana e Nido, sì bene quello di far andare i beni a' legittimi ſucceſſori ſecondo il diſpoſto della Conſuetudine, o ch' eſſi ſiano agnati, o cognati. Quindi è, che quei medeſimi Dottori, i quali dicono, che le rinuncie delle donne alle paterne ſucceſſioni, quantunque in formole ampie, e pregnanti concepite, ſon tuttavia translative, e perſonali, e non già reali ed eſtintive (1), in parlare della rinuncia fatta ſecondo l' uſo di Nido, e Capuana, ſenza veruna contraddizione affermano, eſſer reale ed eſtintiva, in guiſa che il rinunciante ſi toglie del tutto dall' ordine de' legittimi ſucceſſori, ed il ſuo grado vien da' rimoziori congiunti conſuetudinarj occupato, come s' ei foſſe a' figli aſſolutamente premorto. Son queſte le uniſone voci di tutti i noſtri prudenti. *Dicitur non exiſtere* (2). *Alienat ſe a jure ſuccedendi: habetur excluſus, ac ſi eſſet mortuus* (3): *Habetur pro mortuo: Non intelliguntur filii, nec pater* (4). *Et ſi pater opponeret paternitatem, replicabitur, quod non cenſetur eſſe in medio, ex quo ſe excluſit* (5): così il Napodano. Lo ſteſſo diſſero gli altri Chioſatori delle Conſuetudini, Antonio Capicio (6), e Marino Freccia (7); ed il Molfeſio: *Excludunt ſe de medio: habentur ac ſi non exiſterent. Habentur ac ſi non eſſent in rerum natura. Illorum exiſtentia habetur tamquam ſi non eſſet* (8). *Tollunt ſe de medio*,

(1) *Napodan. ad Conſ. Si moriatur n.32., Ant.Capyc.in gloſſ. Renuncians ad Conſ. Si quis, vel ſi qua, De Marinis lib. 2. reſol. 159.*

(2) *Napodan. ad Conſ. Si quis, vel ſi qua n. 206.*

(3) *Eod. n. 195.*

(4) *Eod. n. 199.*

(5) *Eod. n. 222.*

(6) *Gloſſ. Renuncians eod. ſub n. 195.*

(7) *Gloſſ. Ad Conſuetudines Capuanæ, & gloſſ. Nota ex dictis eod. ſub n. 202.*

(8) *Molfeſ. P. IV. qu. 46. n. 16. ſeqq.*

medio, *& habentur pro mortuis* (1). Adunque tutti i Comentatori delle Consuetudini le appellan rinuncie estintive (2), e notano la gran differenza, che vi ha fra queste rinuncie, e quelle, che fan le donne, nel passare a nozze, a beneficio de' fratelli, e de' genitori. *Hujusmodi parentum exclusio* (notò Vincenzo Brilla) *ex renunciatione ipsorum resultans*, *tam præstans dicitur a Napodano*, *ut non existens habeatur*, *& in hoc potissimum differre parentum renunciationes introductas per nobiles harum platearum ab illis*, *quas jus nostrum Municipale admittit* (3), ed il dotto Giuseppe de Rosa, dopo averne riportata l' origine nel modo detto di sopra, soggiunge, che una tal rinuncia *non est translativa*, *nec alicujus certæ personæ contemplatione*, *sed omnino abdicativa*, *& extinctiva*, *relinquens successionem in beneficium eorum*, *quos Consuetudo Si quis*, *vel si qua vocat*; *ADEOUT NIHIL ALIUD SIT NOVUS USUS*, *QUAM SUCCESSIO JUXTA CONSUETUDINEM SI QUIS*, *VEL SI QUA*, *ADDITA PARENTUM EXCLUSIONE*; *uti optime probant Theodorus*, *Anna*, *Franchis*, *de Marinis*, *& cæteri*. L' intera dottrina di questo dotto Scrittore non sia da omettersi, per cui la rapportiamo nella soggiunta nota (4).

Alla

(1) *Eod. n.* 28.

(2) *V. Pansut. Contr.* 17. *n.* 41. *&* 44., *& controv.* 19. *n.* 6. *Vol. I.*

(3) *In Consuetudines tit.* 4. *cap.* 1.

(4) *Ex his colligitur*, *quod hic novus usus nihil aliud facere voluit*, *quam parentes de medio tollere*, *ut faceret locum Consuetudini Si quis*, *vel si qua*, *& secundum eam succederetur*, *patre*, *vel matre existente in medio*, *ac si non essent*. *Fuit ergo exclusio patris*, *vel matris*, *omnino extinctiva*, *& quæ faceret eos haberi pro mortuis*, *ut bene advertit Napodanus*, *Freccia*, *& Ant. de Alexandro*, *quod postea omnes receperunt*; *nihil aliud enim fecit hic novus usus*, *quam excluderē patrem*, *& matrem*, *a successione filiorum*, *illamque relinquere in di-*

Alla rinuncia si accoppj il patto di dover ne' beni rinunciati succedere i prossimiori *ex parte patris* (1), nè questo patto è limitato, e ristretto a' soli agnati, quasi avesse

dispositione Consuetudinis Si quis, vel si qua, & Edicti successorii; ideoque nihil aliud continere novum usum, nisi renunciationem extinctivam parentum, post alios bene observat Provenzalis . . . Et cum ex hac forma processerit usus Capuanæ & Nidi, utique intelligendum est eodem modo fuisse ab initio conceptas renunciationes, & postea longo usu præscriptam renunciandi formam, ita ut abdicativa tantum sit renunciatio ad parentes invicem excludendos, non translativa, nec alicujus certæ personæ contemplatione, sed relinquens successionem illis, quos Consuetudo Si quis, vel si qua vocat, ut bene observat Theodorus . . Præses de Franchis, & Provenzalis. Igitur novus usus nihil aliud introduxit, nisi renunciationem parentum omnino abdicativam, & extinctivam, relinquens successionem in beneficium eorum, quos Consuetudo Si quis, vel si qua vocat; adeo ut nihil aliud sit novus usus, quam successio juxta Consuetudinem Si quis, vel si qua, addita parentum exclusione, uti optime probant Theodorus. Anna. Franchis. de Marinis, & cæteri supra relati, quibus addo Camill. de la Rhata. Est igitur juri consentaneum, ut hic mos Capuanæ & Nidi renunciationem tantum abdicativam, & sic pactum negativum contineat, cum inceperit secundum formam a Napodano traditam, & ita usu receptum sit: quod in individuo notavit Amatus. Manet igitur inconcussum, quod usus Capuanæ & Nidi nihil aliud continet, quam mutuam extinctivam parentum renunciationem successioni filiorum, ut iis pactione exclusis, fiat locus Consuetudini Si quis, vel si qua, iique succedant, qui secundum eam Consuetudinem succedere deberent. Consult. 6. n. 67. seqq.

(1) *In quibus succedunt proximiores ex parte patris*, son le parole dell' uso secondo il Salerno.

aveſſe così ad intenderſi, e coartarſi la volontà de' rinuncianti; imperciocchè i contraenti, nel far queſto patto, ſi rimettono all' uſo, e coſtume de' nobili di Capuana, e Nido; ed in conſeguenza il patto non ammette limitazioni, e deeſi intendere, e ſpiegare giuſta la mente degli autori del patto, e non colla particolar volontà de' contraenti,. la qual volontà è rimeſſa, e ſottopoſta all' uſo; la qual coſa chiaramente eſpreſſe la Ducheſſa D. Clelia ne' di lei capitoli matrimoniali, dicendo, ch' ella intendea contrarre ſecondo l' uſo di Nido, e Capuana (ch'era pur l'uſo della ſua famiglia Caracciolo del Sedil Capuano), colla rinuncia reſpettiva, *e con altri patti ſoliti ad opponerſi in detto nuovo uſo*. Ma oltre a ciò è notabile in queſta cauſa una graviſſima, e ſingolar circoſtanza di fatto, onde deriva non poter la Ducheſſa D. Clelia dire, di aver inteſo rinunciare a beneficio dell'agnazione, e di que' della famiglia Arcamone; imperciocchè in tempo della di lei rinuncia niuno di queſta famiglia eſiſteva. Il Duca D. Niccola Arcamone, di lei marito, altri congiunti non aveva, che il Duca di Caſtelluccio ſuo fratello amitino, mentre un di lui fratello germano aveva già fatta monaſtica profeſſione fra i Teatini, un altro fra i Camaldoleſi, e due ſorelle eran già monache profeſſe nel monaſtero di S. Franceſco di queſta Città (1).

Nè ſi dica, che poteano alcune di queſte perſone ritornar nel ſecolo, quaſi ſi foſſe con detta rinuncia voluto ſolo ad eſſe provvedere; perchè (oltre di eſſere un tal caſo rariſſimo ad accadere, e quel che o non mai, o di raro avviene, non s' intende caduto ordinariamente in penſiero, ed eſſerſi preveduto (2)), i Religioſi nel ſecolo non ſon diſciolti dal voto di povertà, nè ſon capaci di ricevere

---

(1) *Fol.*

(2) *V. l.* 3. 4. 5. *6. ff. de legibus. V.* anche Everardo Ottone *diſſ. de caſibus inſolitis, inſolentioribus, & inſolentiſſimis.*

vere proprietà di beni, ma appena parchi, e limitati alimenti (1).

Or se il Duca D. Niccola non aveva altri congiunti che il Duca di Castelluccio, dobbiam dire, che quando egli stipulò la rinuncia, non per altri la stipulò che per esso (2), e la Duchessa D. Clelia non a beneficio di altri rinunciò, che di costui.

Da ciò adunque si deduce, che la Duchessa, con una rinuncia reale, estintiva, e remissoria alla mente de' nobili di Capuana, e di Nido, o sia del Sedile di sua famiglia, si è tolta del tutto dall'ordine de' legittimi successori di suo figlio, come se non esistesse, per dar luogo a quelli, che sono dalla Consuetudine alla successione invitati; e che rimossa lei dal primo grado di prossimità nella successione, vi ha sostituiti i congiunti *ex parte patris*, i quali tengono il primo luogo secondo il successorio Editto. Passiamo intanto ad esaminare, di che può in tal caso de' suoi beni il figlio disporre.

CAP.

(1) *V. Fabio de Anna Cons.* 49., *de Marinis resol. lib.* 2. *cap.* 185. *n.* 4., *Rovit. decis.* 10.

(2) Nelle rinuncie si attende la volontà d' ambi i contraenti, ma sovra ogni altro, al dir de' Dottori, si riguarda l' intenzione del rinunciatario. V. il Cardinal de Luca *de renunc. disc.* 1. *n.* 25., per la ragione, che rinunciando alcuno illimitatamente, e senz' alcuna riserva, può la limitazione apporsi solo da chi la rinuncia accetta.

C A P. III.

Della facoltà, che ha di disporre il cittadino Napolitano, che ha la madre esistente, la quale non è nell' ordine della legittima successione, per lo patto di Capuana e Nido.

Tempo è omai di far fare testamento al Duca D. Vincenzo Arcamone. La Duchessa D. Clelia vuol, che si parli del diritto, ch' ella ha acquistato in virtù del testamento di suo figlio, ma non è ancora a ciò luogo. Ella conviene, che prima del testamento non aveva alcun dritto, e che questo dal testamento sia nato: il Duca di Castelluccio all' incontro crede, che il diritto de' prossimiori del lato paterno esisteva, pria che il Duca D. Vincenzo chiamasse il notajo: trattasi ora di doversi togliere un tal diritto a' congiunti, e conferirsi alla madre. Egli è per tanto ragionevole, e regolare, che si parli prima della facoltà, che ha il testatore in disporre, e poscia de' diritti dell' erede istituita, nè si confondan gli uni con gli altri, come la Duchessa artificiosamente vorrebbe fare, cambiando lo stato della questione, e trasferendo la disputa della facoltà di disporre, che ha il testatore, alla contesa del diritto, che in forza di tal testamento la madre erede istituita abbia acquistato. Ne' Codici della Civile Legislazione precedono i titoli *de testamentis*, & *quemadmodum quis testamenta facere possit*, e seguono quelli, che riguardano i diritti dell' erede istituito *in adquirenda, vel omittenda hereditate*, poichè prima si esamina, quale, e quanta facoltà uno abbia di far testamento, e poscia qual ragione possa vantar l' erede in forza del testamento a lui comunicata.

Ragionando dunque prima sul testamento, egli è notissimo, che chi vuole far testamento, dee prima di ogni altro avvertire agli obblighi che tiene. S'egli ha figli, dee ad essi far salva la legittima, e del di più disporre: nè mai potrà istituire erede la madre, senza dar la legittima a' figli. Così anche il cittadino Napolitano, che ha beni antichi, dee

dee lasciarne la metà, o sia la legittima consuetudinaria a' venienti *ab intestato*, o che questi sian figli, o collaterali prossimiori, basta che tengano il primo grado nella intestata successione, val dire purchè sien essi i prossimiori, i quali vengono dal Napodano in tutto a' figli eguagliati. *Æquiparantur filiis, quia sicut filii non possunt exheredari in tertia sine causa, sic nec isti proximiores, & sic hæc medietas sapit naturam tertiæ, & ii proximiores naturam filiorum, cum non possit in ipsa testator disponere, sicut est in debita jure naturæ filiis competente* (1), ed altrove dice, *quia Consuetudo est altera natura* (2).

Se dunque il Duca D. Vincenzo Arcamone aveva i congiunti paterni, resi prossimiori per l'esclusion di sua madre, il diritto di costoro era già nato pria, ch'egli il suo testamento ordinasse, quale non potea loro intercettare, mentre il prossimiore, che può succedere *ab intestato*, ha anche il diritto insito di conseguir la legittima de' beni antichi allor che taluno dispone. Ambidue son questi, come appresso sarà vie più dilucidato, diritti di legittima successione.

MA quì dalla Duchessa D. Clelia si oppone, che il Duca D. Vincenzo ligato non era all'osservanza delle Consuetudini, viva essendo la madre, per lo noto assioma, *patre vel matre existente in medio, cessant Consuetudines*, ond'egli dispor poteva come un cittadino Romano, non già come un cittadino Napolitano astretto all' osservanza della Consuetudine *Et si testator*.

Ecco dunque il vero stato della questione, quali facoltà il Duca D. Vincenzo aveva. Se dovea disporre secondo le Consuetudini, lasciar dovea la metà de' beni antichi a' suoi congiunti paterni, ed il di più potea dare alla madre, o anche a chi fosse stato a lui in grado: se poi potea

(1) *Ad Consf. Et si testator n. 6.*
(2) *Ad Cons. Si moriatur n. 11.*

tea disporre secondo il diritto Romano, allora doveva alla madre lasciar la legittima, e del di più a suo talento disporre; nè sembra potersi ragionevolmente costituir differenza alcuna, o ch'ei la madre, o gli estranei istituisse eredi, imperocchè una tal distinzione non è analoga alle buone regole di dritto (1), mentre la soluzion del dubbio tutta da un solo principio dipende, se il figlio dee secondo le Consuetudini disporre, o può farlo giusta il diritto Comune, avendo nel primo caso l'arbitrio di disporre di una sola metà, e nel secondo la libera disposizione di tutto.

Adunque tutta la contesa in ciò si riduce: esiste, o non esiste *in medio* quella madre, che si è col patto tolta di mezzo, la di lei esistenza dà luogo alla disposizione secondo

---

(1) Il Napodano *ad Cons. Et si testator*, *v. proximiores*, e con esso gli antichi Chiosatori, Coluccio Coppola, Capicio, Pisanelli *eod.*, scrissero, che nell'esistenza dal padre, o della madre *in medio*, cessando le Consuetudini, *filius testabitur secundum jus Commune*; val dire, che, data a' genitori la legittima, possa disporre anche in pro d'estranei, quantunque avesse de' fratelli. Ma fuvvi chi pensò, doversi restringere anche un tal dritto di disporre *de jure Communi* al solo caso, che il figlio disponesse in pro de' genitori, non già di estranei, e disponendo in estranei, lasciata la legittima a' genitori, avesser dritto i fratelli, non già i congiunti rimoziori, di chieder la metà de'beni antichi. Tutto ciò non ha un principio sufficiente di ragione. Se il figlio, avendo i genitori, *testabitur de jure Communi*, o che coloro, o altri faccia eredi, i fratelli non han diritto di dolersi, quando non sia istituita erede una persona turpe. Si è accennata tal questione a scanso di qualche equivoco, essendo aliena dal caso presente, che versiamo ne' termini del patto di Capuana e Nido, per cui non esistono i genitori *in medio*.

do il diritto Romano, o la inesistenza allo stabilimento della Consuetudine *Et si testator*? cessano, o non cessano le Consuetudini?

Lo scioglimento del problema dipende dall'esaminare, che intesero il Napodano, ed i Glosatori di dire con quell' aforismo, e con quelle segnalate parole: *Existente in medio*. Intesero di parlar essi della sola fisica esistenza de' genitori, ovvero di quella esistenza legale *in medio successionis*, per virtù della quale, ritenendo questi il primo grado di prossimità, e mettendosi così in mezzo fra il defunto, e i congiunti consuetudinarj, lor chiudon l'adito a rappresentare i diritti della legittima succęssione, o nella metà, o in tutti i beni antichi della linea? Certamente di quest' ultima esistenza hanno essi favellato, essendo lor noto quell' assioma, predicato da tutt'i Dottori, *paria esse, non esse in rerum natura, aut non posse succedere* (1), e Napodano, ch'è il primo autore di questo aforismo, insegnò, che il padre può non esistere in più guise. *Sed quæro, quomodo intelligitur patrem, & matrem non existere? Respondeo, trifariam, scilicet interemptione* (ed ecco l'inesistenza fisica), *pactione, & præscriptione*. Quindi figura varj casi di fisica esistenza de' genitori, i quali, per non poter succedere, ei dice, che non *existunt in medio*. Immagina il caso, che abbia il padre sofferta la massima diminuzion di capo, con esser divenuto servo, o per prigionia, o per pena, o che sia stato deportato; ed in tali casi così risponde: *Dicetur pater non existere; iis enim casibus talis pater jus agnationis amisit, ac etiam cognationis quoad successiones, & tutelas, licet ipsa naturalis consanguinitas duret*. Lo stesso avverte del padre, che stia presso i nemici, e del condannato per causa d'eresia, giusta il titolo del Codice *de Hæreticis* (2). Finalmente conchiude, esser lo stessissimo caso, se i genitori siansi dalla successione esclusi per patto,

(1) *Cancer. Var. resol. Part. 3. cap. 2. n. 197.*
(2) *Ad Cons. Si quis, vel si qua n. 187.*

to, e dice, che tanto la morte naturale, e civile, quanto il patto, producon lo stesso effetto, per la ragione, che rimosso in qualunque modo il grado precedente, *sequens subintrat in locum ejus* (1). Or dunque in tutti tali casi non cessan le Consuetudini, non ostante la fisica esistenza de' genitori, ed i prossimiori, che subentrano nel primo grado di prossimità, han dritto di succedere, o in tutt'i beni, se il cittadino, che muore, muoja *ab intestato*, o nella metà di essi, s'egli faccia testamento.

La ragione di tutto ciò è appunto, che i prossimiori, quante volte occupano il primo grado nella successione, perchè non vi è altra persona, che li precede, siccome han dritto di succedere *ab intestato*, così di ottenere la metà de' beni antichi *ex providentia Consuetudinis*, e la esisten za de' genitori, se il loro grado, e la di loro prossimità non turba, niente significa. Proviamo una tal verità anche co n qualche esempio tratto dalle Consuetudini medesime. La Consuetudine *Si aliquis moriens*, e l'altra *Si qua moriens*, dispongono, che se il moriente ha figli, sia nell'obbligo di lasciar loro la metà de' beni antichi, essendo uomo, e nove delle dieci parti di essi, se è donna. Or se costui, o costei avesser per avventura anche vivente la madre, potrebbero forse lasciare a' figli la sola legittima su questi beni, e non la metà, o le nove parti, allegando per se l'aforismo, *Matre existente in medio cessant Consuetudines*, quasi essi disporre in tal caso potessero secondo le regole del diritto Comune? Ognun comprende, che qui la fisica esistenza della madre non fa cessare le Consuetudini, poichè non occupa ella il primo grado della successione, nè può mettersi in mezzo fra il defunto, ed i suoi figliuoli, ad impedire a costoro i diritti di prossimità, per virtù de' quali son essi i legitti-

mi

(1) *Ad d. Cons. n. 263. seq.*

mi successori consuetudinarj (1). La stessa ragione vi ha per li congiunti, quante volte i genitori del defunto, per effetto del patto di Capuana e Nido, non tengon più il primo grado nella succesione (2); poichè siccome i figli occupano il primo grado per natura, i congiunti l'occupano per patto: ma nell'uno, e nell'altro caso mancano le persone, che li precedono. Una tal ragione fra le altre addusse il dotto Reggente de Marinis, la stessa nostra questione esaminando: *Si filiafamilias habens matrem, & filios, testatur, & relinquat filiis suis legitimam, si esset vera contraria opinio, quod testatur secundum jus Commune, filii haberent legitimam de jure Communi, non autem legitimam consuetudinariam novem partium, & tamen contrarium est verum, quod testando, ac etiam instituendo matrem, filiis suis tenetur relinquere novem partes, ut advertit Marin-Freccia, & ita annis elapsis fuit decisum per S. C.* (3).

In fatti non per altra ragione da' Glosatori si dice, che il padre, e la madre faccian cessare le Consuetudini, se non perchè escludono i prossimiori. *Nota, quod ista Consuetudo non habet locum, patre, vel matre existente in medio,* QUIA EXCLUDITUR AGNATUS PROXIMIOR (4): e ciò non potè meglio esprimersi, che con dire: *patre, vel matre existente in medio*, poichè allora, mercè questo impedimento *intermezzo*, i congiunti non posson più dirsi prossimiori, siccome nota l'istesso Napodano: *Proximus est, inter quos nullus est medius* (5). Ma al certo prosimiori

D i con-

(1) Così il S. C. a pieni voti decise il 1599. Vedasi la *decis. 606.* del Presidente de Franchis.

(2) *V. L. 9. §. 3. ff. de liber., & posthum., l. 1. §. 8. ff. de bonor. possess. contra tabul.*

(3) *Resol. lib. 1. cap. 142. n. 12.*

(4) *Casp. de Leo glos. Nota quod, ad Cons. Si quis, vel si qua n. 132.*

(5) *Ad Cons. Si quis, vel si qua n. 163.*

i congiunti divengono, tolti pel patto i genitori di mezzo. *Remoto enim gradu præcedenti*, dice il Napodano, *sequens subintrat in locum ejus, sive removeatur morte naturali, sive morte civili . . . . sive hæresi . . . Sed quid si exclusit se pacto? Respondeo, ut dixi infra in Cons. Si qua moriens, in glos. Sed an instituta* (1).

Sicchè se la sola fisica esistenza della madre non dà diritto al figlio di disporre della metà de' beni antichi, ma sol o quella esistenza, che frapponendosi in mezzo col primo grado di prossimità fra 'l figlio, ed i congiunti consuetudinarj, li caccia via da ogni diritto di successione, e li rende rimoziori, ed in conseguenza li esclude dalla ragion di chiedere la metà de' beni antichi, che nella prossimità si appoggia; ne deriva in conseguenza, che non cessan le Consuetudini, ed il Duca D. Vincenzo Arcamone dispor non poteva nè in beneficio di sua madre, nè di qualsivoglia estraneo della metà de' beni antichi, mentre la Consuetudine gli chiudeva la bocca, gli legava le mani, e lo rendeva intestabile.

Or se è così, come mai potrassi intraprendere aver potuto il Duca D. Vincenzo disporre della metà Consuetudinaria in pro di sua madre, s' egli non aveva affatto facoltà di disporne? Si figuri il caso di un fedecommesso, essendo a noi lecito di trarre argomento dal fedecommesso dell' uomo a quello della legge, conciossiachè dicono i nostri Dottori, esser la metà de' beni antichi un fedecommesso della Consuetudine. Se Tizio lascia a Gajo mille, con legge di poter solo di 500. disporre, e gli altri 500. abbia a restituire a' suoi più prossimi successori della linea paterna: ed avvien, che una donna prossimiore maritandosi rinuncia estintivamente a pro de' figli di suo fratello; si domanda, può Gajo più de' ducati 500. disporre, volendo gl' interi mille lasciare a colei, che ha rinunciato? Ei par, che ognuno risponda, poter Gajo solo disporre di una metà, poichè va l'altra per fedecommesso a chi *de jure*

---

(1) *Ad d. Cons. n.* 263. *seqq.*

jure farà il legittimo fucceffore. Lo fteffo avviene nella metà Confuetudinaria, la quale per un fedecommeffo legale fi appartiene a' proffimiori, *prout de jure*, nè vale qualunque difpofizione faccia di effa il cittadino in pregiudizio de' fucceffori confuetudinarj.

Ed in vero farebbero ftati troppo balordi i noftri antichi Prudenti in concepire il patto di Capuana e Nido, per lo fine di non far ceffare le Confuetudini, fe ad onta di tal patto, operativo a togliere i genitori di mezzo, *tamquam fi effent mortui*, non aveffer potuto il loro intento conféguire, di far valere il diritto Confuetudinario, mentre, ciò non oftante, ceffavan le Confuetudini, ed il figlio non foggiaceva al diritto patrio, ma al diritto Comune! Ma effi intefero bene, che con tal patto fi reftituiva in tutta la fua integrità la fucceffione confuetudinaria, ed il pieno diritto de' legittimi fucceffori della linea, e che ceffavano, giufta la dottrina di Stefano di Gaeta (1), tutte le glofe, e le limitazioni alla Confuetudine *Si quis vel fi qua*, ed alla Confuetudine *Et fi teftator* appofte nel cafo dell'efiftenza del padre, e della madre IN MEDIO.

Ma qui cade in acconcio di rifpondere in brevi termini ad una frivola oppofizione, che con afpetto di molta ferietà fu dal difenfore della Duchеffa in Ruota propofta. Ei diffe, che la madre potea col patto pregiudicar fe fteffa, ma non già togliere al figlio la libera facoltà di teftare fecondo il diritto Comune, e fottoporlo alla Confuetudine: dal che a buon conto vienfi a conchiudere, che poteva quello dell' eredità antica liberamente difporre anche in pro di eftranei, del che non vi ha cofa più riprovata preffo i Confuetudinifti, come può fcorgerfi dalla decifione 537. del Prefidente de Franchis, di cui avrem più giù occafione di favellare. Ma qui bafterà rammentargli, che il patto di Capuana e Nido l'ha ftipulato Niccola Arcamone, ed al prefente fe ne chieggono gli effetti non ne'beni

 del

(1) *Cajeta ad Conf. Si quis, vel fi qua, glof. Nota quia fub n.* 222.

del Duca D.Vincenzo, ma in que' beni antichi, ch'egli da Niccola suo padre ricevè, il quale ha potuto trasmetterglieli con questa legge di successione, stipulando un patto obbligativo de' suoi figli, ch'era per usanza inveterata da nobili famiglie riconosciuto, e da suprema potestà approvato (1). Oltre che l'essersi la madre tolta di mezzo, ed aver ceduto il luogo a' prossimiori, produce da se questo legale effetto di non far cessare le Consuetudini: nè il figlio ha diritto di dire, che la madre stia per forza *in medio*, per fare a lui testare col diritto Comune.

UNa sola apertura per la Duchessa D. Clelia vi sarebbe, se provar potesse, che col testamento del figlio si cancelli del tutto il patto di Capuana e Nido, e la madre ricuperi tutt' i dritti di prossimità, ritornando così ad essere in mezzo alla legittima successione.

Se ciò assumer si voglia, rispondiamo in prima, che a' diritti rinunciati non dassi regresso. E' questo un canone fra i nostri Scrittori (2), trattandosi di una rinuncia estintiva, per la quale il rinunciante si ha come morto, nè gli estinti posson farsi risorgere, ed appena potrebbe intraprender, che possano i genitori ritornar nell'ordine de'legittimi successori, quando abbia a succedere il fisco, potendosi in tal caso allegare per una plausibile ragione, che cessa l'oggetto della rinuncia di dar luogo alla successione consuetudinaria, poi-

(1) Fu approvato da Ferdinando il Cattolico con la grazia del 1505. V. il privilegio nella raccolta de' Capitoli, e grazie, ed il Grimaldi *Stor. delle leggi*, e *Magistrat. del Regno*, *Tom.* 3. *cap.* 13. *p.* 88. *n.* 62.

(2) *Remittentibus actiones non est regressus dandus*, *l.* 14. §. 9. *ff. de Ædil. Edict. Vid. Feudor. II.* 5. §. 1. *Ad actiones, quas quis renunciavit, amplius redire non potest*, *Napodan. ad Cons. Si quis, vel si qua n.* 221. *Ad jura renunciata non datur amplius regressus*, *Freccia ad Cons. Si quis, vel si qua, glos. Ad Consuetud. Capuanæ & Nidi sub n.*195.

poichè nelle Consuetudini non parlasi punto della successione del fisco; il che per altro non è un affare totalmente sicuro, dappoichè molto disputato, e contraddetto (1). Diciamo in secondo luogo, che un tal regresso il figlio in pregiudizio de' paterni congiunti darlo alla madre non può, non solo per atti di ultima volontà, co' quali in veruna guisa posson diminuirsi i diritti de' congiunti, nè per atti fra vivi, allor che sono in frode della Consuetudine: ma in nessun altro modo, poichè fu la rinuncia, ed il patto non dal figlio stipulato, ma dal padre in favore de' suoi congiunti; ed il diritto acquistato non può da altri esser loro tolto (2). *Neque filiusfamilias repudiando sine patre, neque pater sine filio alteri nocet*, dice il Napodano (3), massimamente perchè la rinuncia è concepita nel caso della morte de' figli, e perciò non in di loro favore, e per farli testare, ma in favor de' congiunti. *In casu proposito*, avverte lo stesso Scrittore, *cum pater renunciavit uxori, & heredibus suis, succedere filiis intestatis, non intelliguntur filii, quia casus ponitur decedentibus filiis* (4). *Filii non successerunt in dicta renunciatione*, prosiegue il lodato Autore (5). *Dicam, ergo illos esse heredes uxoris in dicta*

(1) Veggasi il Pisanelli *Gloss. Hic essent repetenda*, *ad Cons. Si quis, vel si qua sub n.* 195.

(2) Sarebbe anche un problema, se lo stesso D. Niccola potuto avesse rimettere a sua moglie un patto di famiglia, per lo quale hanno acquistato diritto i suoi congiunti. I Dottori stranieri trattano una simile questione per le nozze contratte col patto *ad morganaticam*; mercè cui si conviene, che i figli nati da tal matrimonio succeder non debbano ne' beni della famiglia. *Vid. Feud. II.* 29., *Coccei Vol.* 1. *P.* 2. *disp.* 93. *de Lege Morganatica sect.* 5., e conchiudono non esser in balìa de' genitori rimetter tal patto. *Coccei eod. n.* 2.

(3) *In Cons. Si qua moriens n.* 28.

(4) *Ad Cons. Si quis, vel si qua n.* 199.

(5) *Eod.*

dicta renunciatione, virtute dictæ conventionis, qui succedere possunt eidem uxori, filiis non extantibus (1). E conchiude. *Cum dicta renunciatio fuerit concepta pro heredibus suis, in casu non existentium filiorum: ergo de illis videtur fuisse, & fuit actum, qui succederent, non existentibus filiis* (2), dalle quali parole del Napodano può agevolmente raccogliersi, qual sia il di lui sentimento intorno alla risoluzione della causa presente. *Hoc verbum heredibus*, notò Carlo de Rosa, *non importat qualitatem hereditariam, sed proximitatem eo modo, quo vocavit ista Consuetudo. Vide de Ponte Cons. 61.* (3). E Carlantonio de Luca scrisse, che l'uso di Capuana e Nido *non alio fine voluit excludere parentes, nisi ob conservationem prædictam, nullo filiorum favore considerato, sed tantummodo agnatorum, ita quod filii illius Consuetudinis dispositionem in aliquo coarctare non possunt, nam ex parentum renunciatione filii emolumentum aliquod non assequuntur, ideoque Consuetudo introducta fuit favore dictæ lineæ, excludendo expresse parentes ipsos, nec præsumendum est in casu testati voluisse excludere Consuetudinem in scriptis redactam* (4).

Nè altrimenti lasciò scritto Gio: Battista Toro. *Prædicta exclusio patris, & aliorum de linea paterna, non fuit inducta in odium patris, sed in favorem eorum, qui sunt de illa linea, a qua bona obvenerunt. Unde dispositio, & finis dicti moris nobilium, fuit tantum admittere proximiores illius lineæ, unde bona proveniunt, non autem voluit concedere potestatem filiis testandi* (5). E di ciò ne convince lo stesso tenore dell'uso di Capuana e Nido, di cui a lungo si è favellato, il quale dispone a chiare note de'beni rinunciati in

(1) *Eod. n.* 200.
(2) *Eod. n.* 204.
(3) *In not. marginal ad Napod. eod.*
(4) *Ad decis.* 537. *de Franchis n.* 8.
(5) *In supplem. compend. decis. Voc. Testamentum conditum per filium p.* 637. *vol.* 1.

in favor de' prossimiori, dicendo: *in quibus succedunt proximiores ex parte patris*, per cui i nostri Dottori dicono: *Mater renunciat filiorum successioni*, non già in beneficio de' figli, ma *in beneficium patris, & proximiorum ex parte patris in bonis paternis* (1).

Ma si dice, se la madre per lo testamento del figlio a lui succede, come non è costei riposta *in medio successionis*? Bisogna avvertire di qual successione si parla, se della testamentaria, vi esiste come ogni altra erede estranea, se della legittima, non vi esiste punto, siccome appieno si è dimostrato. Ed è quì notabile una glosa del celebre Antonio di Alessandro, che per la sua gran perizia nella giurisprudenza acquistò, al dir dell'Autore dell'Istoria Civile (2), il soprannome di Monarca delle leggi. In essa si propone il seguente caso. La sorella succede col fratello egualmente ne' beni de' collaterali, *si partem, ut unus ex masculis, habuisset de bonis paternis* (3), e ciò avviene, al dir de' Consuetudinisti, o che abbia tal parte per disposizione del padre, o come mascoliata per disposizione della Consuetudine. Ma se il padre istituisca erede una figlia già da lui maritata, e dotata, può ella forse succedere negli altri beni della linea, *quia partem habuit ut masculus*? il Presidente del S. C. Antonio d'Alessandro negativamente risponde, adducendone la seguente ragione, *quia statim, quod filia fuit dotata, facta est velut extranea quoad successionem; ergo* PATER DEINDE EAM INSTITUENDO HEREDEM, PERINDE EST, AC SI INSTITUISSET EXTRANEAM PERSONAM *incognitam ad successionem, ex quo sequitur, quod ad successionem fratris deinde non admittitur, sicuti nec extraneus, qui esset institutus a patre* (4). Questo stesso raziocinio fanno all'uopo presente Carlo de Rosa, il

(1) *V. Pansut. Controv.* 19. *n.* 3.
(2) *Ist. Civil. lib. XXVII. cap. ult.*
(3) *Cons. Si quis, vel si qua §. Quod autem.*
(4) *Gloss. Hic loquitur ad Cons. Si quis, vel si qua, in §. Quod autem sub n.* 302.

Reggente de Marinis, ed altri, de' quali le autorità saranno appresso rapportate, dicendo, che se il figlio istituisce erede la madre, la quale *exclusit se pacto*, *perinde est*, *ac si instituisset extraneam personam*. Onde cessino i difensori della Duchessa di biasimare una sì sensata proposizione, che figuran solo in bocca del de Marinis, essendo questa la teorica assoluta di tutti i Scrittori delle Consuetudini.

Tutto ciò, che si è fin qui esposto, dà senza dubbio una idea chiara, e luminosa del patto di Capuana e Nido, il di cui oggetto altro non è, che la restaurazione del diritto Consuetudinario nella sua integrità, e che nelle successioni di ogni cittadino di qualsivoglia condizione l' ordin successorio dalle Consuetudini prescritto costantemente si osservi, e perciò i genitori sian classificati del pari, che gli altri congiunti, nelle loro linee, nè possan turbare i prossimiori da' diritti della legittima successione che o *ab intestato*, o *ex providentia Consuetudinis* loro appartengono; e che perciò dovendo il cittadino secondo il pubblico dritto disporre, non può il figlio togliere in veruna guisa al prossimo congiunto quel drittò successorio, che non dipende da lui, ma dalla legge, ed investirne i genitori.

Si risponde agli argomenti della Duchessa.

ESsendosi esaminato, qual facoltà aveva il Duca D. Vincenzo di testare, tempo adunque è di vedere quali, e quanti posson essere i diritti, che la madre, erede istituita, abbia in forza del testamento acquistati: conciosiachè ella conviene, che pria del testamento non aveva alcun dritto, e che tutto dal testamento sia nato. Sicchè siamo ora nel caso di vedere il diritto di succedere, che ha l'erede istituita, e di discutere gli argomenti, che la Duchessa propone. Ella dice, di aver alla successione intestata, non alla testata rinunciato, ed in ciò siamo d'accordo; si abbia lei dunque la parte testata, e lasci in pace a'congiunti la parte intestata, a cui ha rinunciato; ma ove si rifletta, ch' ella menar ne vuole con un equivoco di parole a false con-

conseguenze, e si distingua cosa da cosa, resterà il tutto dilucidato. Che dice mai la Duchessa? che a lei non ostando la rinuncia, ed il patto nel caso, che suo figlio facea testamento, potesse forse costui di tutto disporre, o possa ella succedere in tutto? Distinguendo, come si è detto, il diritto del defunto da quel dell'erede, se il figlio, facendo testamento, potesse di tutto disporre, non ostandogli la Consuetudine per la fisica esistenza di sua madre, allora dispor potrebbe egualmente, tanto in di lei pro, che di altri, non essendovi ragione alcuna di differenza: se poi non può disporre, che di una metà sola, in tanto può l'erede succedere, e non in altro. Onde non è questione, se la rinuncia osti alla madre nel succedere, e nella facoltà di acquistare, ma se sia di ostacolo al figlio nel disporre, e nella facoltà di testare, poichè qualunque possa essere il di lei dritto, lo dee sempre misurare dal dritto del defunto: a lei non osti il patto, nè sia inabilita a succedere per testamento, ma se il figlio nella metà non può far testamento, manca la disposizione, ed il titolo, e per conseguenza ogni dritto. Immaginiamo (per produrne un esempio tratto dalle leggi Civili) che io sia capace di qualsivoglia successione: ma se un liberto alieno m'istituisce erede, io, benchè capacissimo a succedere in tutta l'eredità di ogni cittadino, resterò escluso dalla metà dell'eredità di costui per diritto antico, e dalla terza parte per lo dritto nuovo, non perchè è in me veruno impedimento, ma perchè colui non può disporre di più della metà, o della terza (1): Dunque potremmo dir francamente alla Duchessa. „ Vi „ vogliamo pur concedere, che non abbiate voi impe„ dimento a succedere, ma vostro figlio ha ostacolo a di„ sporre, e siccome il diritto nasce dalla disposizione, co„ sì, quanto egli potè darvi, tanto voi potete ricevere. Nè i nostri prudenti, a conseguir tale effetto, crederono doversi fare una ingiuria a' genitori, con far loro rinunciare anche alla successione testata, rendendogli così d'inferior condizione ad un estraneo; ma stimarono ba-

D 5 stare

(1) §. 1. & 3. *Inst. de success. libertor.*

ſtare la ſola rinuncia alle inteſtate ſucceſſioni, affinchè non foſſe loro d' impedimento a conſeguire per diſpoſizion de' figli quello, di cui coſtoro poteſſero per legittimo dritto diſporre, ove foſſe loro in grado di farlo; ma non già, che reſtaſſe in balia di coſtoro, o cancellar la rinuncia, ed il patto, o diſporre contra il diritto Conſuetudinario.

Ed in vero la ſteſſa rinuncia è coſtume di farſi dalle donne, che paſſano a marito, in pro del padre, o de' fratelli. Quindi ſe un congiunto le laſci eredi, non ſono eſſe dalla rinuncia impedite a ſuccedergli; ma non è già, che può il congiunto anche diſporre della metà de' beni antichi, e che poſſa la rinunciante in forza del teſtamento o concorrere co' ſuoi fratelli, o eſcludere i nipoti rinunciatarj dalla metà Conſuetudinaria, ma queſti n' eſcludon lei, malgrado qualunque teſtamento.

OR ſebbene tutta la queſtione ſi aggiri ſulla facoltà di diſporre nel teſtatore, e non già ſulla facoltà di acquiſtare nell' erede, ſiccome ſi è detto: nulladimeno queſta cauſa è tale, che ſe anche eſaminar ſi voglia non il diritto del teſtatore, ma quel dell' erede, troviamo, che ad occupare la metà de' beni antichi oſta direttamente il patto, e la rinuncia alla ſucceſſione *ab inteſtato*, poichè nella metà de' beni antichi ſi tratta di ſucceſſione *ab inteſtato*, ed il cittadino Napolitano per queſta metà morto *ab inteſtato* ſi dice.

Morire *ab inteſtato* non diciamo ſolo colui, che non fa teſtamento, ſe ciò foſſe, anche un pupillo potrebbe far teſtamento, e non ſi direbbe morto *ab inteſtato*, poichè ſebbene il teſtamento per dritto non vaglia, pure per fatto ha teſtato. Ma inteſtato diceſi anche quello, il di cui teſtamento, o in tutto, o in parte non vale, concioſſiachè non valendo del tutto, diceſi morto aſſolutamente *ab inteſtato*, e non valendo in parte, diceſi mancato parte teſtato, e parte inteſtato, il che può avvenire al ſoldato, ſecondo il dritto Romano, ed al cittadino Napolitano per lo dritto Conſuetudinario. *Sed & is, qui teſtamentum fecit* (dice Ulpiano), *ſi ejus hereditas non eſt adita*, *vel ruptum*, *vel*

ir

irritum est testamentum , intestatus non improprie dicetur decessisse (1). E nelle sentenze di Paolo si legge : *Ii, quorum testamenta rumpuntur , aut irrita fiunt , ipso quidem jure intestato decedunt* (2). Onde Teofilo nella sua parafrasi scrisse . *Decedit quis intestatus vel facto, vel jure . Facto quidem, si quis testamentum omnino non fecerit; jure autem , si quis testamentum fecerit, quod jus non admitit* (3).

Similmente, per applicare gli esposti principj al nostro dritto Consuetudinario, lo stesso hassi a dire, se il testamento manchi per la metà; imperocchè *nihil interest de universo quæratur, an de portione* (4), ed è noto il volgare adagio : *Quod de toto prædicatur, prædicatur & de parte* (5), onde il patto di non succedere *ab intestato* non cessa giammai per questa metà, poichè il figlio in rapporto alla medesima è morto *ab intestato:* ed ognun comprende, che sia veramente, e propriamente taluno morto *ab intestato* relativamente a que' beni, ne' quali è intestabile. E' questo il linguaggio de' nostri Consuetudinisti. Oltre al Napodano, il quale insegnò, che il cittadino Napolitano muore come il soldato, parte testato, e parte *ab intestato* (6), così avverte, parlando del patto di Capuana e Nido, il Minadoi. *Et licet prædicaretur de causa intestati , tamen quoad medietatem consideratur ut intestati causa, prout sæpe fuit judicatum ex mente Napodani. Neque potest dici testatus, in quo non potuit disponere* (7). Così anche risponde il Consiglier Rocco. *Agimus de causa intestati , quia respectu medietatis bonorum antiquorum intestatus mortuus fuit Mar*cel-

(1) *L. 1. ff. de suis, & legitimis hered.*
(2) *Sententiarum IV. 8. §. 2.*
(3) *Lib. 3. tit. 1., Vid. Quintilian. Declamat.* 308.
(4) *L. 82. ff. de adquirend. heredit.*
(5) *Gothofred. ad L. 51. ff. de administr. tutorum.*
(6) *Ad Consuetud. Et si testator n. 26.*
(7) *Decis. 26.*

cellus (1). Così insegna il Reggente de Marinis. *Neapolitanum cum bonis antiquis decedentem, condito testamento, non posse censeri testatum decessisse, nisi in medietate tantum dictorum bonorum, ex quo reliquo intestatus decedere dicitur* (2). Del pari il Molfesio. *Si enim quis disponit de omnibus bonis, & non servat dispositionem Consuetudinum, sine dubio testamentum valet quoad illam portionem, de qua potuit disponere servata forma Consuetudinum, & in ea decedet testatus: quo vero ad aliam partem, de qua non potuit disponere, non valet testamentum, & pro ea decedit intestatus* (3). Così finalmente Carlantonio de Luca: *Neapolitanus est intestabilis quoad portionem Consuetudinariam; valet enim argumentum a negatione potentiæ ad actum, scilicet, si non potest testari, ergo decedit intestatus* (4). Ed a tali teoriche la pratica è uniforme; imperciocchè la G.C., nell'interporre i preamboli *ex testamento*, esclude del tutto dalla causa testata la metà de' beni antichi, con la clausola, *dempta medietate bonorum antiquorum*.

Adunque se riguardiamo il patto della rinuncia alla successione *ab intestato*, quello osta appunto alla Duchessa D. Clelia per l'acquisto della metà de' beni antichi, nella quale solo *ab intestato* si succede. Il suo figliuolo è morto in parte testato, ed in parte *ab intestato*: la causa testata è a pro di lei, perchè non le osta il patto: la causa intestata è a pro de' prossimiori *ex parte patris*, perchè in ciò le osta espressamente il patto.

Ma la Duchessa, convinta di tali verità, ricorre a' sofismi, e ripiglia ad interpretare il patto in un' altra foggia. Ella dice: *Io ho convenuto di non succedere ab intestato, se mio figlio moriva del tutto ab intestato, ma non ho conve-*

(1) *Respons.* 71. *n.* 21.
(2) *Lib.* 2. *Resolut.* 129.
(3) *Ad Cons. Part. IV. de success. ab. intest. qu.* 46. *n.* 6.
(4) *De pluralitate legali cap.* 5. *n.* 8.

venuto di non succedere ab intestato, s' egli moriva con testamento.

Cotesta scaltra, e capziosa interpretazione non è nuova, ma da tutti i Consuetudinisti di buon senso come assurda riprovata. Imperciocchè i patti non vagliono per le parole materiali, ma perchè queste esprimono il volere de' paciscenti; onde non si trae gran profitto in voler dare alle parole altro senso, ed altro torno di quel, che i contraenti intesero. La Duchessa, allor che contrasse, e convenne di non succedere, morendo suo figlio *ab intestato*, altro non intese escludere dal patto, e riserbarsi, che la successione testamentaria, per quanto fosse in balìa del figlio di disporre, e non già anche la successione legittima, quante volte si facesse testamento: nè volle mai dire: *io rinuncio, se i figli muojono senza far testamento, e non intendo più rinunciare, quante volte venga ad essi talento di disporre, e di testare.* Di vantaggio il suo volere fu del tutto sottomesso a quello de' Nobili, siccome di sopra si è detto, onde dichiarò, ch'ella intendea contrarre *secondo l' uso delle nobili piazze di Capuana, e Nido, e con altri patti soliti ad apponersi in detto nuovo uso.* Sicchè il voler di costoro è quello, che hassi ad attendere, quando talun si rimetta in tutto ad una Consuetudine, che osservasi in generale da nobili famiglie, e dalla famiglia stessa della rinunciante, appartenente al Sedil Capuano. Quale fu dunque la mente de' nobili, di richiamare in pieno vigore il diritto Consuetudinario anche nell' esistenza de' genitori, o di voler che le Consuetudini cessassero tuttavia, e non la Consuetudine *Et si testator*, ma il diritto Romano si osservasse? Ne' patti dunque dobbiam noi uccellar le parole, o seguirne il senso? deludere i contraenti, o osservare quel, ch' essi intesero convenire? Ma a che tanto aggirarci su di tale stravaganza, se il medesimo tenor del patto di Nido, e Capuana espressamente la esclude? In esso si parla a chiare note della perpetua esclusione de' genitori da qualunque diritto di legittima successione, o che i figli dispongano, o che *ab intestato* si muojano. Nella formola, che rapporta Afflicto, così convenuto si legge. *Nec ipsa uxor succedere debeat*

beat quoque modo. Che dir si vogliono queste parole, QUOQUO MODO? Due maniere vi ha di succedere in persona del successor legittimo, o *ab intestato*, o *contra tabulas*: in qualunque di tai modi la madre non può succedere, onde, nè se il figlio fa testamento, nè se muore *ab intestato*, aspirar può a que' diritti di legittima successione già rinunciati. Si soggiunge: *nec de bonis ipsis detrabere possit Trebellianicam, Falcidiam, etiam legatum debitum jure naturæ, & jus aliquod portionis cujuscumque*. E vi vuol più chiarezza per indicare, che la madre è in ogni caso da qualsivoglia diritto di legittima successione esclusa, o che il figlio faccia testamento, o muoja *ab intestato?* Allor che si dice, non poter la madre detrar la Falcidia, e la Trebellianica, si figura l'esistenza di un testamento: e stabilendosi di non potere nè pur pretendere *legatum debitum jure naturæ*, si suppone già, e si dà per vero, che abbia il figlio con testamento disposto, e che la madre non possa a quello opporsi, nè pur chiedendo la legittima; perciocchè *ab intestato* non dassi alcuna petizion di legittima, ma d' intera successione: e vie maggiormente il patto conferma la piena esclusione da qualunque diritto di legittima successione colla soggiunta, che non sol la legittima, ma rappresentar non si possa verun altro diritto qualunque, *& jus aliquod portionis cujuscumque* (1). Di grazia, può soffrirsi chi così la discorre: Ho io rinunciato alla Falcidia, alla Trebellianica, alla Legittima, quando però non vi sia testamento! Solo colui, al quale manca il senso comune, può intender così l'uso di Capuana e Nido.

Ma

(1) L' intera forma del patto è la seguente: *Et ubi contigerit virum præmori, superstite uxore, ac superstitibus liberis . . . postquam filii ipsi morerentur . . . in pupillari ætate, vel post quandocumque ab intestato, & sine liberis, nullum jus ejusdem uxori, & suis heredibus, & successoribus . . . ratione successionis debeatur, nec sit eis, vel alteri ipsorum quomodolibet adquisitum super bonis pater-*

Ma la ſtrana intelligenza, che la Ducheſſa al patto vorrebbe dare, ſi è detto non eſſer nuova, ma ſempre rifiutata. Rapporta il Preſidente de Franchis, che un figliuol di famiglia, il di cui padre avea il patto alla nuova maniera, fece teſtamento, ed iſtituì erede ne' beni materni ſuo padre: quindi pentito, fece un ſecondo teſtamento, in cui preterendo il padre, iſtituì erede il fratello. Il padre attaccò il ſecondo teſtamento di nullità per cauſa della ſua preterizione, colla ſperanza, che annullato il ſecondo, rimaneſſe in vigore il primo. Gli ſi opponeva, non poter egli impugnare il ſecondo teſtamento, mentre mercè il patto di Capuana e Nido non avea più diritto di legittima ſucceſſione, nè potea d' inofficioſità querelarſi colui, che ſuccedere *ab inteſtato* non poteva. Il padre, ad eſcluder ciò, ſi valeva del fallace diſcorſo della Ducheſſa D. Clelia, dicendo, ch' egli avea rinunciato a' diritti di legittima ſucceſſione, quante fiate il figlio foſſe morto ſenza teſtamento; ma che non avea rinunciato punto alla ſucceſſione legittima, quante volte teſtava. Ma il Preſidente de Franchis ci fa ſapere, che il S. Conſiglio ebbe per vero, eſſer la rinuncia alla legittima ſucceſſione aſſoluta, come ſe il padre, non foſſe più fra 'l numero de' viventi, e che diritto di legittima ſucceſſione ei non poteva più rappreſentare, o il figlio faceva, o non faceva teſtamento.

Di fatti ſi avvertì, che il figlio avrebbe mai ſempre dovuto laſciar la legittima a' genitori, quante volte diſponeva, s'ei foſſe ſtato vero, che teſtando, ſubito ceſſaſſe il patto; ma

ternis ipſorum filiorum, nec ei ſuccedant, nec ſuccedere debeant, nec ipſa uxor ſuccedere debeat quoquo modo, nec de bonis ipſis paternis ſuorum filiorum detrahere poſſit Trebellianicam, Falcidiam, etiam legatum debitum jure naturæ, & jus aliquod portionis cujuſcumque . . . . quibus omnibus juribus, ac ſucceſſionibus ipſis, & legitime debitis in caſu prædicto, dicta uxor, & ſic partes ad invicem renunciaverunt &c.

ma tutti gli antichi glosatori delle Consuetudini, fra' quali Coluccio Coppola, Marino Freccia, ed Antonio di Alessandro, aveano costantemente insegnato, che nè pur la legittima era a' genitori dovuta, il che dinota, che il patto valeva già anche nel caso, che il figlio morisse con testamento: e finalmente il S. C. avvertì a quella dottrina del Gaeta da noi allegata, che, contratto il matrimonio alla nuova maniera, *cessant omnes glossæ istarum Consuetudinum*, val dire, che non cessando le Consuetudini, la rinuncia era sempre operativa, comunque il figlio morisse, o con testamento, o *ab intestato* (1).

Di più l'istesso de Franchis in un'altra decisione rapporta, aver un figlio istituito erede un estraneo, posposti i congiunti, e l'erede difendevasi col patto di Capuana e Nido, dicendo, esser al figlio permesso di liberamente disporre, dappoichè il diritto de' congiunti era limitato al solo caso, se il figlio *ab intestato* mancasse: ma a ciò rispondevasi, che quantunque il caso del testamento non fosse nel patto compreso, vi rimaneva la Consuetudine *Et si testator*, alla cui osservanza il cittadino Napolitano nella inesistenza de' genitori in mezzo alla successione era ligato. *Pro actoribus dicebatur, per novum usum . . . nihil fuisse provisum circa dispositionem in testamento faciendam, unde remanet dicta alia Consuetudo quoad testandum inconcussa, quia quod non mutatur, quare stare prohibetur? L. præcipimus Cod. de appell., L. Sancimus Cod. de testamentis.* Si soggiungeva, che il nuovo uso, lungi dal ripugnare alle Consuetudini circa la disposizion testamentaria, veniva ad espressamente approvarle, allor che si conveniva di poter la donna delle sue doti, giusta la Consuetudine di Napoli ridotta in iscritto, disporre (2). Se dunque era la madre ligata all' osservanza delle Consuetudini, non potean

(1) *Decis.* 552.
(2) Tali parole si leggono per lo più in tutt' i capitoli matrimoniali, siccome sono anche in quelli della Duchessa D. Clelia.

tean su gli stessi beni riputarsi di disegual condizione i figli, che la madre, da cui era in essi derivata la dote. *Item quia dictus novus usus non modo non repugnat dictæ antiquæ Consuetudini circa dispositionem in testamento, imo illam adprobat, quia in omnibus instrumentis dotalibus, quæ secundum illum usum fiunt, reservatur mulieri potestas testandi secundum Consuetudinem Neapolitanam in scriptis redactam, & supra relatam; & licet loquatur in dispositione per mulierem facienda, idem erit respectu filiorum, cum non debeant esse melioris conditionis filii heredes, quam mater domina dotium, ex qua ad filios pervenit, quia non debet posse plus derivativum, quam primitivum* (1).

E quantunque dall' erede si allegasse una decisione di Afflitto (2), ove si dice, che essendo il patto concepito nel caso della morte del figlio *ab intestato*, dovesse *a contrario sensu* dirsi, non aver i congiunti diritto di successione, morendo con testamento; pure fu conchiuso, che tale argomento era fallace, nè correggere poteva la Consuetudine, la quale era una legge: e che essendo argomento congetturale, e non decisivo, non poteano per via di congetture indursi correzioni sulle Consuetudini (3).

Finalmente il de Franchis ci fa sapere, che quando la causa fu riferita, *& allegata dicta decisio Afflicti, statim de ea fuit dubitatum, quia in casibus contingentibus dicebatur fuisse servatum contrarium, & in casibus occurrentibus decisio prædicta allegata non fuit*: osserva eziandio, che detta decisione perciò allegata non viene nelle addizioni sulle Consuetudini, *ubi de omnibus fit mentio;* e che il Dottor Vincenzo Cortese gli avea data un' antica postilla fatta sulla detta decisione di Afflitto, nella quale dicevasi, che oltre all' uso de' Nobili, eravi anche la Consuetudine, ed in consegueza

(1) *Decis.* 537. *n.* 6. *seqq.*
(2) *Decis.* 202.
(3) *N.* 10. *seqq.*

za non dal ſolo uſo dovea prenderſi norma (1), nè potea dirſi, che parlandoſi quivi ſolo della ſucceſſion de'congiunti *ab inteſtato*, ne ſeguiſſe *a contrario ſenſu*, di non dover la Conſuetudine aver luogo nella teſtamentaria diſpoſizione.

Or le coſe dette dimoſtrano a baſtanza eſſere aſſurda, e riprovata la intelligenza, che dalla Ducheſſa D.Clelia al patto dar ſi vuole, e rimane fermo, ed inconcuſſo, ch' ella ha rinunciato alle legittime ſucceſſioni aſſolutamente, ed in ogni caſo, *tamquam ſi eſſet mortua*, e ſol diritto l' è reſtato di ſucceſſione teſtamentaria, e non di legittima.

Autorità de' Conſuetudiniſti intorno alla preſente queſtione.

NOi dovremmo qui metter fine al noſtro lavoro, nè diſtenderci più oltre in produrre le autorità de' noſtri più periti, e rinomati Dottori. Ma quantunque ſia vero un graviſſimo avvertimento del Grimaldi, che *i diverſi Comentatori delle Conſuetudini han ſervito piuttoſto per confonderle, che ſchiarirle, per avervi promoſſe tante quiſtioni lontane dal di loro vero ſenſo* (2): e ſe bene ſia indubitato, che *non tam auctoritates, quam rationis momenta quærenda ſunt* (3), nulladimeno ciò è vero, quando le autorità ſon prive di ragione, ma avendo queſta con ſeco, non ſia diſdicevole l'avvalerſene, ſpecialmente per convincere la Ducheſſa D. Clelia, e farla ricredere, che ſe la di lei pretenſione è sfornita di ragione, è priva altresì di autorità, che la ſoſtengano.

Noi per altro non intendiamo far qui una raccolta di autori, il che produrrebbe per la loro moltiplicità una confuſione, ma ſolo narrare iſtoricamente le di loro opinioni, affinchè non abbia a diſſeminarſi alcun equivoco, che poſſa offuſcare il vero.

Che

(1) *D. Deciſ. in fin.*
(2) Iſtor. delle Leggi, e Magiſtrati del Regno di Napoli *Tom. III. cap.* 13. *n.* 3. *p.* 7.
(3) *Cicero lib.* 1. *de Nat. Deor. cap.* 5.

Che il figlio non possa in pregiudizio de' congiunti istituir eredi gli estranei, tutti ne convengono (1): ma se possa istituir eredi i genitori, in ciò due de' più antichi Chiosatori delle Consuetudini si portan per autori di due opposte sentenze, uno è Gio: Angelo Pisanelli, il di cui nome è rispettabile presso di noi, per la sua somma perizia nel diritto feudale, e nel Consuetudinario, l' altro è Stefano di Gaeta.

Il primo lasciò scritto, che contratte le nozze alla nuova maniera, *nec ab intestato, nec ex testamento consideratur pater, & mater, ita quod testando non posset filius fraudare conjunctos*, attestando essere stato dal S. C. a sua difesa così dichiarato, e deciso per lo testamento di Gio: Antonio di Gennaro. Avea costui istituita erede sua ava paterna Giovannella Orilia, con fedecommesso dopo la di lei morte a pro di estranei. I sostituti chiedean la cauzione dalla legge introdotta per sicurtà del fedecommessario: ella si opponeva, dicendo dover dare la cauzione per la restituzione di una sola metà de' beni, mentre l' altra si apparteneva alla sua figlia, sorella del defunto, a tenor delle Consuetudini. Fu per tanto deciso, che una metà solo era colei in obbligo di restituire, mentre l' altra alla germana del defunto spettava. Nè sia meraviglia, che in cotesta decisione si tratti di ava, perchè ne' tempi del Pisanelli era nel foro in vigore la sentenza, che cessavan le Consuetudini, esistendo in mezzo non solo il padre, e la madre, ma tutti gli ascendenti (2), qual senti-

(1) Vedi il Molfesio *Part.* 4. *de succeff. ab intestat. qu.* 46. *n.* 28., e così il S. C. decise presso il de Franchis, anche non essendovi il patto di Capuana e Nido *decis.* 486., ed altre decisioni rapporta il Molfesio nel luogo citato. Vedi il Pansuti *Controv.* 18. *n.* 21.

(2) *Ant. de Alexandro ad Conf. Si quis, vel si qua sub n.* 132. *glos. Si ergo, Pisanell. in Conf. Et si testator sub n.* 35. *glos. Nota, quod*, ed altri. *Vedi il Molfesio Part.* 4. *de success. ab intest. qu.* 45.

timento durò fino al 1561., quando, insorta una strepitosa causa fra il Conte di Borrello, ed il Duca di Montalto, fu un tale affare pienamente discusso, scrivendovi fra gli altri Fabio Marchese, ed il Reggente Revertera, e a relazione del S. C. fu dal Collaterale finodalmente deciso, che nell' esistenza dell' ava non cessavan le Consuetudini (1): e da quindi in poi si cambiò il modo di pensare.

Ma fu questa decisione dal Pisanelli allegata si menano dalla parte avversa grandi rumori: si attacca di falso: si sostiene, che la decisione non fu profferita per la ragione, che allega il Pisanelli: e finalmente si dice, che fu da molti gravi scrittori riprovata.

La questione di falso si muove coll' autorità del Provenzale (2), il quale per aver malamente intesa una glosa di Camillo Salerno (3), ebbe a dire, che questa decisione la foggiò da se il Pisanelli. Ma il Salerno altro non disse, se non che nella prima edizione delle decisioni del Capicio non fu questa impressa, e che poi essendosene fatta la ristampa, vi fu per opera del Pisanelli fatt' aggiungere, per essere stato egli avvocato della causa. Tanto disse il Salerno, e disse il vero, conciosiachè nella prima edizione le decisioni giungono a 199., e nella nuova a 211., fra le quali decisioni aggiunte vi è questa, ch' è in ordine la 210. Ma non perchè Pisanelli nella nuova edizione del Capece vi fece aggiungere 12. nuove decisioni, ne viene in conseguenza, che sian false, e foggiate: nè si fa capire a qual fine cotal falsità commetter doveasi! Ma mettendo da parte, che fu tal decisione dal de Franchis, e da tutt' i Consuetudinisti riconosciuta, noi vo-

(1) *Vid. Camill. Salern. ad Consf. Et si testator, in glos. Si consuetudo habet sub. n.* 34., *& Reg. Reverter. in disc. post Consuetudines.*

(2) *Obs.* 24. *ad Consf. Si quis vel si qua n.* 31.

(3) *Loc. supr. cit.*

vogliamo concedere per poco a'difensori della Duchessa, che a tal decisione impressa da un avvocato non abbiasi a prestar credenza: cassiamola pure dalle decisioni del Capicio, come se mai vi fosse stata impressa: dovrà però prestarsi fede al Consiglier Tommaso Minadoi, che fu uno de' votanti, il quale ci fa sapere, che fu la causa decisa coll'intervento del Reggente Loffredo, e fuvvi gran discettazione. Costui dunque la riferisce ancora fra le sue decisioni (1).

Quale poi sia stato della decisione il motivo, se il patto di Capuana e Nido, ovvero perchè non esistevano il padre, e la madre del testatore in mezzo, ma un'ava paterna, siccome per parte della Duchessa vuol darsi ad intendere; noi, oltre alle cose dette, ci riportiamo alla decisione del Capicio, e se è quella alla parte sospetta, per essersi compilata dal difensor della causa, allegando forse i motivi piuttosto della sua difesa, che quelli, i quali mossero il S. C. a decidere, ne appelliamo a quella del Minadoi, il quale ne fa testimonianza, che non si contrastava la massima, *quod patre, vel alio ascendente existente in medio cessabat Consuetudinis dispositio*: ma che si diede luogo alla consuetudine, *& hæc opinio præsertim fundabatur, ex quo matrimonium contractum cum dicta avia, & D.Antonio Januario olim Præsidente S. C., fuit secundum novum usum Nidi, & Capuanæ, per quem est exclusa, & effecta penitus extranea, taliter quod non potest dici in medio existere ... Et sic fuit sententiatum, dictum Jo. Antonium non potuisse disponere de medietate bonorum obventorum* (2).

Quindi perchè in quella decisione dassi per vero, che anche nell'esistenza dell'ava cessa la Consuetudine, fu ne' tempi posteriori oppugnata: ed in tal senso non l'approvano il Salerno, e 'l Provenzale. Ma per l'opposto, per quanto ri-

(1) *Decis. 26.*
(2) *D. decis. 26. in pr. & fin.*

guarda il motivo della decisione, ch'è la dottrina del Pisanelli, lungi dal venir riprovata, ha ricevuto gli applausi di tutt' i dotti, ed intendenti Scrittori delle Consuetudini. Abbia il primo luogo il Presidente de Franchis, il quale con tutta sincerità non approva, al pari, che il Salerno, e'l Provenzale, la decisione per lo punto, di essersi dal S. C. supposto di non cessare la Consuetudine nell'esistenza dell'ava (1), ma la commenda intorno alla teorica del patto di Nido e Capuana, ed alla dottrina del Pisanelli (2). Dopo il de Franchis la seguirono fra gli altri il Reggente de Marinis (3), Fabio d'Anna (4), Gio: Battista Toro (5), Carlo de Rosa (6), e Carlantonio de Luca (7). Nominando noi cotesti soggetti, abbiamo appellati i luminari del diritto Consuetudinario, de' quali le autorità or ora riferiremo.

Ora per quanto venne da cotesti peritissimi scrittori il sentimento del Pisanelli approvato, e la decisione del S. C., che sulla di lui sentenza era del tutto poggiata; altrettanto non meritò l'intera approvazione una dottrina di Stefano di Gaeta, scrittore del Pisanelli più antico, il quale, benchè Vicario della Curia Arcivescovile (8), ove non si conoscevan materie Consuetudinarie (9), fu nulladimeno delle Consuetudini vago, e perito, ma non tale, che paragonar si possa col Pisanelli, che fu il primo avvocato del suo tempo, ed il più profondo scrittore in cose feu-

(1) *In Apostill. Consuetudo ad Cons. Si quis, vel si qua sub n.* 137.
(2) *Decis.* 537. *n.* 20. *seqq.*
(3) *Resol. lib.* 1. *cap.* 142. *n.* 13.
(4) *Cons.* 119. *n.* 21.
(5) *In supplem. compend. decis. V. testamentum conditum per filiam pag.* 637. *column.* 1.
(6) *Ad Cons. Filiusfamilias n.* 32.
(7) *Adnot. ad decis.* 537. *de Franchis n.* 8.
(8) Vedi il Toppi *bibliotec. Napolitan.*
(9) Le Consuetudini allora non obbligavano i Clerici.

feudali, e consuetudinarie, le quali egli sapeva appieno per teorica, e per pratica (1).

Stefano di Gaeta adunque in una postilla sulla Consuetudine *Filiusfamilias* diede al padre il consiglio di farsi dal suo figliuolo, divenendo pubere, istituir erede, affinchè cessasse così l'operazione del patto. *Licet ergo hodie Neapoli solet apponi pactum in instrumento dotali, quod si filius nascetur, & quandocumque ab intestato decederet, quod dos revertatur ad dantem, nec pater ei succedat: tamen bonum consilium est, quod, dum efficitur pubes, pater faciat ipsum testari, & se heredem institui in istis bonis maternis, quia per hoc succedet ipse pater, & cessabit dispositio pacti* (2). A buon conto egli insegnò, che morendo il figlio con testamento, cessava il patto riversivo della dote, e da' di costui eredi, e successori per diritto di successione, non già dal dotante, e da' suoi eredi per ragion di riversione acquistavasi. Se poi il figlio nel far testamento dispor potesse di una metà sola, o dell'intero, il Gaeta no'l dice, ma siccome alcuni Comentatori delle Consuetudini ebber per vero, siccome dirassi, che il figliuol di famiglia, lasciando al padre la legittima, non abbia verun obbligo di restare la metà consuetudinaria a' congiunti, così in tal senso dell'autorità del Gaeta si prevalsero, quasi avesse voluto ciò intendere.

D'ignota mano è a detta postilla del Gaeta soggiunto, aver così il S. C. deciso nel dì 24. Dicembre 1547. in una causa fra Girolamo, e Ferdinando suo figliastro presso il Mastrodatti Balsamo. Ma Camillo Salerno ne fa sapere, essere stata la causa di Girolamo Funati, e Ferdinando Roberto, riferita dal Minadoi nella decisione 38. (3); per cui reca somma ammirazione, come di quest' unica decisione i difensori della Duchessa D.Clelia voglian formar-

 ne

(1) *V. Molfes. P. IV. de success. ab intest. n.* 24., che lo chiama *virum eruditissimum*, & *laboriosissimum*.

(2) *Apostill. Licet ergo sub n.* 18.

(3) *Salern. ad Cons. Filiusfamilias glos. Referente sub n.* 18.

ne tre, nell'atto, ch'è una, e quel, che è più, a lei punto non giova, poichè ivi non si parla, nè punto, nè poco del patto di Capuana e Nido, ma se esistendo i genitori per lo mezzo, possa un figlio disporre a suo talento de' beni a favor de' medesimi, senza contemplare i fratelli, e fu deciso poterlo fare, e per convalidare tal proposizione citasi incidentemente il consiglio di Stefano di Gaeta. Quindi dopo che realmente Girolamo Funati, da suo figlio istituito erede, avesse avuto contro di se il patto di Capuana e Nido, in quella decisione non venne a calcolo. Come altresì cotesta decisione alla Duchessa non giova, per essere stato il padre istituito erede a tenor della Consuetudine *Filiusfamilias*, e non la madre, siccome più giù ne faremo la gran differenza notare. Nulladimeno questa decisione, e la dottrina del Gaeta, presa nel senso di poter il figliuol di famiglia disporre anche della metà antica, fu da' più rinomati nostri Scrittori biasimata. Il Presidente de Franchis stimò modestamente dire, *decisio prædicta Minadoi non caret difficultate* (1). Ma specialmente il dotto Reggente de Marinis descrive il consiglio del Gaeta, in questo senso preso, come inconseguente, ed irragionevole. Conviene aversi presente quel, che scrisse questo riputatissimo autore. *Cessat omnis dubitatio, quando matrimonium esset contractum secundum novum usum Capuanæ & Nidi; tunc enim quia pater, & mater, per renunciationem altrinsecus successioni filiorum extranei reputantur, integram medietatem avocarent fratres, vel alii agnati, seu cognati remotiores, eo quo pater, vel mater, tamquam extranei non concurrerent cum fratribus in illa medietate, ut per Capycium. Minadoys, & Jo: Ang. Pisanellum. Et ita tenendum, quicquid in contrarium de anno* 1547., *referente Domino Jo: Thom. Minadoys, per S. C. decisum referant Camill. Salernus in addit. ad Neapod. in Cons. Filiusfamilias, & ibidem Steph. de Cajeta. Etenim decisio hæc nulla ratione, aut Doctorum aucto-*

(1) *Decis.* 537. *n.* 19.

ctoritate fundatur, nam si per renunciationem, quam faciunt parentes successioni filiorum reputantur illi prorsus extranei, ut omnes sine contradictione fatentur, adeo ut filii testando nullam de parentibus in testamento mentionem facere jure aliquo adstringantur, quo pacto poterunt illos heredes instituere in præjudicium fratrum, sive aliorum conjunctorum, ut in medietate Consuetudini obnoxia succedere non possint? Quod enim discrimen constitui potest, si institueretur extraneus, quem certum est non nisi in medietate institui posse, vel pater, qui prorsus pro extraneo in hoc casu reputatur (1)?

Al de Marinis si aggiunga l' autorità di Orazio Montano, il più dotto, e profondo Scrittore nelle materie Consuetudinarie. *Hinc infertur ad dec. Vinc. de Franchis* 537. *adversus opinionem Afflicti dec.* 202., *ut si pater, & mater contraxerint matrimonium secundum novum usum nobilium Capuani sedilis, & Nidi, & si renunciaverint per pactum de non succedendo communibus filiis intestato morientibus quandocumque sine prole legitima, vel in pupillari ætate: si filii voluerint testari, & instituere heredes patrem, vel matrem, debent servare dispositionem Consuetudinis Et si testator tit. de success. ex testam. respectu medietatis bonorum antiquorum relinquendæ agnatis illius lateris, a quo sibi bona obvenerunt, in qua medietate debent instituere heredes proximiores illius lateris* (2).

Lo stesso insegnò Carlo de Rosa, il quale forma questo corto, e convincente raziocinio. Chi ha rinunciato, è escluso dal numero de' successori legittimi, quindi allor che il padre è istituito erede, riceve l' eredità come ogni erede estraneo; e se è così, non può il figlio far frode a' congiunti della porzione Consuetudinaria (3). Questo autore

E 3

(1) *D. lib.* 1. *resp.* 142. *n.* 13.

(2) *Controv. I. n.* 65.

(3) *Ad cons. Filiusfamilias n.* 32. & 33. *Ego autem in facti contingentia dicebam, quod contracto matrimonio secundum novum usum, persona patris, & matris, nec ab in-*

tore però soggiunse, che contra il suo sentimento avevano altri opinato, dicendo, che col testamento il padre ricupera gli estinti dritti di prossimità, essendo la rinuncia limitata alla successione *ab intestato*, (il qual errore si è

intestato, nec ex testamento est in consideratione: cum enim pater renunciavit, est exclusus etiam a legitima: ideo quando instituitur a filio, extraneus est, & capit, ut quilibet extraneus. Minadoi dec. 26. n. 2. Si igitur capit, ut extraneus, ergo & si filius in totum test. tur ad beneficium patris, non poterit fraudare fratres, vel conjunctos ulteriores de portione consuetudinaria, prout sic judicatum per S. C. testatur Pisanellus fol. 126. glos. Vide, quæ decisio est eadem cum relata a Minadoo decis. 26., quam sequitur Fab. de Anna Cons. 119. n. 21. At alii in hac perplexissima lite dixerunt veriorem esse primam opinionem, nam reciproca renunciatio in capitulis novi usus est limitata ad successionem ab intestato tantum, ideo facto testamento habetur, ac si nunquam fuisset renunciatum, & pater a filio institutus, & in totum vocatus recuperat omnia jura proximitatis, Peregrin. de fideicom. art. 38. n. 26. Et quamvis frater utrinque, vel uterinus, a quo latere processerunt bona, concurrisset cum patre ab intestato, nihilominus facto testamento, redacto negotio favore patris instituti ad jus commune, nullam habent querelam fratres contra testamentum. Unde hic collimat valde opportuna decisio S.C., junctis aulis, lata de anno 1600. inter Rev. Patres Congregationis Oratorii, & Zenobiam Pannone, quam reperi, aliud perquirendo, ubi declaratum fuit, licuisse Isabellæ Pannone relinquere integras suas dotes, sibi a patre obventas, Lauræ Albertinæ ejus matri, non obstante contradictione Zenobiæ Pannone sororis dictæ Isabellæ, ex qua decisione videtur reprobata decisio relata per Pisanellum in Consuet. Si quis, vel si qua fol. 126. Glos. Vide, & pariter theoria Minadoi, ejusque decisio 26. in fin. COGITA.

è di già da noi confutato) e che aveva, *aliud perquirendo*, rinvenuta una decisione del S. C. opposta a quella del Pisanello, ond' era un caso da riflettersi. La decisione, che ei cita, fu fra Zenobia Pannone, ed i Padri della Congregazione dell' Oratorio, colla quale fu dichiarato, che poteva Isabella Pannone lasciare a Laura Albertini sua madre i beni paterni, in esclusione di Zenobia Pannone] di lei germana. Ma quanto è vero il giudizioso sentimento di un nostro Scrittore, in ciò versatissimo, poichè fu Presidente del S. C. : *non bene allegant decisiones, nisi illi, qui in causis interfuerunt, vel qui de meritis illarum sunt bene instructi* (1)! Questa decisione non fu dell' età di Carlo de Rosa, poichè è riferita dal Presidente de Franchis (2), ed il de Rosa s' ingannò nell' aver creduto, che il S. C. per tal motivo escluse Zenobia, poichè la sola, ed unica ragione fu, ch' ella aveva a beneficio della madre rinunciato nell' atto, che non avea fratelli, nè del dritto di disporre in favor della madre si fece alcuna menzione (3).

E 4 Si

(1) *Roman. de præst. S. C. Præst. 46. n. 15.*

(2) *Decis. 690.*

(3) *Isabella Pandone moriens heredem instituit Lauram Albertinam ejus matrem, deinde mater nuptui tradidit Zenobiam Pandone, alteram ejus filiam, quam dotavit de bonis paternis, & maternis, quibus Zenobia renunciavit in beneficium matris. Moritur Laura, & heredes instituit Patres Oratorii bujus Civitatis, contra quos prædicta Zenobia movit litem in S. C. super relaxatione novem partium ex decem tam de dotibus maternis, quam de obventis matri ex successione Isabellæ virtute Consuetudinum Neapolitanarum. De jure, dicebat, de renunciatione prædicta non esse babendam rationem, tanquam vi, & metu extorta, & quando de ea esset babenda ratio, quod illa procederet in dotibus maternis, non autem in bonis, quæ ex sorore ad matrem ex testamento prædicto pervenerunt.* Il de Franchis appone in detta sua decisione

Si può a questi aggiungere un altro moderno nostro Scrittore vivente, le di cui cure in compilare una eccellente opera di giurisprudenza municipale saranno in ogni tempo commendevoli. *Quocirca nequaquam probaverim quod plerique scriptores tradunt, & interdum S. C. definivit, si filius ex asse bonorum maternorum patrem heredem fecerit, proximiores per matrem cognatos omnino excludi, nec eis esse medietatis petitionem. Etenim quum superiori pacto pater a successione filii ad materna bona removeatur, quo fit, ut eorum medietas ex Consuetudine propioribus per matrem cognatis debeatur; non video, qua ratione defuncti testamentum queat jus illis Consuetudine quæsitum intervertere: quum nemo possit cavere, ne leges, aut Consuetudines in suo testamento locum habeant* (1).

Ma non ostante, che l'opinione, la quale si attribuisce in questo senso a Stefano di Gaeta, e che sembra essere a noi contraria, sia combattuta da i migliori, e più rinomati nostri Dottori, quali son senza dubbio Carlo de Rosa, Carlantonio de Luca, Gio. Battista Toro, ed altri, ma sopra tutti il Presidente de Franchis, il Montano, ed il de Marinis; nulladimeno noi diciamo, che nè pure è il S. C. nel caso di applicarsi a decidere, se sia quella, o non sia la più vera, la più uniforme alla ragion legale, all' intendimento dell'uso di Capuana e Nido, ed al sistema Consuetudinario; imperciocchè detta opinion del Gaeta alla Duchessa punto non suffraga, e ciò a sentimento di quelli stessi Scrittori, che l' han voluta a quella del Pisanelli anteporre: dappoichè il Gaeta parla del figliuol di famiglia, che istituisce ne' beni materni erede il padre, e non dell' uomo *sui juris*, che istituisce ne' beni paterni la madre; e fra un caso, e l' altro, secondo le nostre Con-

sione la seguente epigrafe: *Renunciatio generalis facta per filiam comprehendit etiam jus Consuetudinarium respectu bonorum ad matrem ex successione alterius filiæ perventorum, dict. decis. 690.*

(1) *Maffei inst. jur. Civ. Neap. lib. 4. cap. 6. §. 7.*

Consuetudini, vi è tanta differenza, quanta dalla notte al dì. Ed in fatti gli accorti difensori della Duchessa son iti in cerca di decisioni fino a dividerle, e moltiplicarle; ma non hanno essi rinvenuta alcuna, la quale parli del cittadino in sua potestà, che abbia ne' beni paterni istituita erede la madre? E se per avventura alcun Dottore abbia con poca esattezza, e proprietà confuse le idee, ed i nomi de' genitori paterni, e materni, o del figlio di famiglia parlò, o non merita di essere atteso (1).

E che sia così, veggasene la diversità appieno. Se il Pisanelli credè, come si è detto, che il figlio, istituendo eredi i genitori, non può far frode della metà de' beni antichi a' congiunti, Stefano di Gaeta, per aver dato al padre il consiglio di farsi dal figlio pubere istituir erede, si è creduto di averne eccettuato il solo caso, in cui il figlio istituiva erede il padre. E siccome egli chiosando in una postilla il Napodano sopra la Consuetudine *Filiusfamilias* tanto asserì, può da ciò il vero motivo comprendersene. Detta Consuetudine abilita il figliuol di famiglia, che vive sotto la patria potestà, ad onta del diritto Romano, a far testamento, e disporre a suo talento de' soli beni materni, purchè lasci al padre, o all'avo la legittima. Adempendo egli ad un tal dovere, credè il Napodano, non aver anche l'obbligo di lasciare a' materni congiunti la metà de' beni antichi (2). I motivi, che si

E 5 alle-

(1) Si noti, che il figlio di famiglia può avere beni di linea materna, anche vivente la madre, per disposizioni de' suoi congiunti *ex parte matris*, onde può di questi disporre a beneficio della madre medesima, ed in tal senso possono intendersi quei (se ve ne sono), li quali dicono, che può *il figlio di famiglia* disporre in beneficio della madre.

(2) *Ex beneficio hujus Consuetudinis permittitur filio testari de ipsa plena proprietate favore ultimæ voluntatis, salvo tamen patri debito bonorum subsidio, si extraneum sibi fecit heredem, Napodan. ad Cons. Filiusfamilias n.* 15.

allegano a pro di un tal sentimento, sono, che la Consuetudine *Et si testator*, la quale impone di lasciarsi la metà de' beni antichi a' congiunti, parla dell' uomo *sui juris*, nè comprende il figliuol di famiglia, di cui in quest' altra Consuetudine separaramente si ragiona, onde i materni congiunti non hanno di che dolersi, ancorchè sian fratelli, perchè nè per dritto Civile hanno veruna querela contra il testamento, a men che fosse stata istituita erede una persona turpe (1), nè per dritto Consuetudinario hanno alcuna azione, se l' obbligo di lasciare la metà de' beni a' congiunti non è dalle Consuetudini imposto al figliuol di famiglia, ma all'uomo in sua potestà. Si aggiunge, che non sembra alle regole del dritto uniforme, che sulla stessa eredità abbiansi a fare due detrazioni (2), cioè della legittima al padre, e di un' altra legittima consuetudinaria, detta da' nostri legittima *aucta* (3), a' congiunti. Nè, poi è una gran difficoltà il dirsi, che in tal guisa ha maggior dritto il figliuol di famiglia, che l' uomo *sui juris*, poichè l' uomo di sua potestà ha dalle Consuetudini molti altri vantaggi, potendo di tutti i beni da se acquistati, e della metà degli antichi liberamente disporre, là dove il figlio di famiglia non dispone, che di una minima parte de' suoi averi diminuendola anche della legittima a' suoi genitori dovuta. *Advertendum* (dice il Presidente de Franchis), *quod quemadmodum Consuetudines restrixerunt potestatem testandi civibus Neapolitanis in bonis antiquis; ita e contra filiisfamilias in potestate patris existentibus dederunt po-*

15. *Ergo si vellet, posset ultra debitum bonorum subsidium relinquere patri, & quia istud ultra non est aliqua constitutione terminatum, & sic posset omnia ista bona materna patri, vel avo paterno relinquere, & sic excludere proximos collaterales ex parte matris*. *Id.n.*18.

(1) §. 1. *Instit. de inoffic. testamen.*

(2) *V. Cujac. Obs. lib.* 8. *cap.*3. & 4., *Heinecc. ad Pand. Part.* 5. *lib.* 36. *tit.* 1. §. 225. *in adnotat.*

(3) Carlantonio de Luca *obs. ad decis.* 537. *de Franch. n.*5.

potestatem testandi in bonis adventitiis eis obvenientibus a matre, vel ex linea materna, salvo in eis patri debito bonorum subsidio, quod sic etiam de jure intelligeretur (1).

Noi non prendiamo punto a difendere questo sentimento del Napodano; diciamo solo, che prevalse nel foro: così il S. C. decise presso il Minadoi (2), altra decisione più antica del S. C. rapporta il Capicio (3), e ciò ebbe luogo fino al de Franchis, il quale in una sua decisione lo seguì (4), ma poi cambiò sistema, credendo, che allora solo può il figlio di famiglia di tutto disporre, quando non ha que' congiunti, che gli posson succedere insiem col padre *ab intestato*, come sono i fratelli, e figliuoli di essi (5); ma in favore dell'antico sentimento scrisse dottamente il Rodoerio (6), adducendo quelle ragioni, che si son di sopra allegate.

Comunque ciò sia, Stefano di Gaeta, seguendo le orme del Napodano, e la sentenza nel foro a tempi suoi ricevuta, scrisse, che se il padre abbia contratti i capitoli matrimoniali all'uso di Capuana e Nido, sia un savio consiglio di farsi istituire dal figlio erede. Se con tal testamento potesse, o no, il figlio disporre di tutto in pro del padre, è poi una illazione, che da' detti del Gaeta si vuol dedurre, e dalla Consuetudine, che chiosò; dappoichè scrivendo egli ciò sulla Consuetudine *Filiusfamilias*, naturalmente credè, secondo il sentimento del Napodano, che se poteva il figlio in potestà, lasciata al padre la legittima, disporre di tutto il resto de' beni materni anche a beneficio di estranei; perchè non potea egli disporne in pro del padre? Ragione, che riconobbe anche il

E 6

(1) *Decis.* 546. *n.* 3.
(2) *Decis.* 38.
(3) *Ad Consuetud. Filiusfamilias in apostilla Ista glossa sub n.* 18.
(4) *Decis.* 91.
(5) *Decis.* 92. *n.* 10., *&* *decis.* 486.
(6) *Observ. ad lib.* 1. *Resolut.* 70. *de Marinis n.* 26.

il Pisanelli, allor che disse, allegando questa postilla di Stefano di Gaeta, che la Consuetudine *Et si testator* non ha luogo, *quando superest pater*, *quia* (*filiusfamilias*) *potest disponere ad libitum*, *ut per glossam*, *&* *dicit Stephanus de Cajeta hic* (1); la qual dottrina del Pisanelli pruova ad evidenza, che la di lui opinione a quella del Gaeta non si opponeva.

Nè altera punto un tal sistema la rinuncia del padre secondo l'uso di Capuana e Nido, la quale altro non opera, senon che, tolto il padre di mezzo, non cessino più le Consuetudini, nè debba ricorrersi al diritto Comune. Ora se le Consuetudini non cessano, nè anche cessar dee la Consuetudine *Filiusfamilias*; quindi è, che a seconda delle Consuetudini appunto, e non secondo il dritto Comune credè il Gaeta potere il figliuol di famiglia di tutti i beni materni liberamente disporre, e di aver egli un tal dritto, o che il padre abbia, o non abbia rinunciato; poichè la rinuncia toglie sì bene al padre il dritto di successione, ma non estingue la patria potestà, nè fa sì, che il figlio di famiglia non sia tale, e non abbia que' privilegj, e prerogative, che la Consuetudine gli concede. Il padre non *existit in medio* in quanto alla successione, ma esiste in quanto alla patria potestà. Se il padre non può succedere, perchè ha rinunciato, il figlio può testare, perchè la Consuetudine glie lo permette, e detta Consuetudine col patto di Capuana e Nido non cessa, come non cessano le altre. Se questa cessasse, il figlio per diritto Romano non potrebbe far testamento: e se il patto di Capuana e Nido sciogliesse il vincolo della potestà, egli testarebbe non sol de' materni, ma d'ogni sorte di beni, come il figliuolo emancipato; ed allora dovrebbe lasciar intatta la metà de' beni antichi pe' prossimiori. Quindi i nostri Dottori insegnano. *Exclusio patris*, *&* *patria potestas sunt diversa*, così scrive in tal proposito Gio: Battista Toro; *&* *exclusio patris a successione non tollit patriam potestatem*, *nec*

(1) *Ad d. Cons. in glos. Dicas sub n.*28.

nec operari, *aut prohibere censetur*, *quin filii remaneant in potestate patris* (1). Ed il Presidente de Franchis la medesima verità al caso nostro adatta, spiegandone i veri sensi del Gaeta, cioè che il di lui consiglio fu sul diritto Consuetudinario, non già sul diritto Comune appoggiato: *Per Consuetudinem filiumfamilias Neapolitanum fuisse effectum capacem testamenti factionis*, *nec referre secundum quem usum matrimonium fuerit contractum*, & *hoc habuisse pro absoluto Stephanum de Cajeta*, *dum super eo dat cautelam*, *quod pater faciat se a filio institui* (2). Ond'è, che Stefano di Gaeta parlò del figlio di famiglia, e non del cittadino in sua potestà, e diede il consiglio al padre di farsi istituir erede, e non parlò affatto della madre, appunto perchè il di lui sentimento ha luogo nel figlio di famiglia, il quale dispone secondo la Consuetudine *Filiusfamilias*; non ha luogo nell'uomo *sui juris*, il quale deve disporre secondo la Consuetudine *Et si testator*.

Una tal differenza è stata, secondo la dottrina del Gaeta, da' più accurati nostri Scrittori rilevata. Il de Franchis, parlando della decisione 38. del Minadoi, dice, *decisio prædicta loquitur patre herede instituto*, & *favor patris hoc operari potest*; & *decisio prædicta Minadoi non caret difficultate* (3), soggiungendo: *Maxima est differentia inter casum*, *ubi non est institutus pater*, & *casum per Minadois relatum*; *qui casus consideratur etiam a Consuetudine in scriptis redacta*. *Per dictam Cons. filiusfamilias non prohibetur de bonis maternis*, *vel a linea materna obvenientibus testari*, *relicto patri debito bonorum subsidio*, *quod de jure Communi facere non potest* (4). Odasi anche il Molfesio: *Nec urgent contraria*, & *primo*, *quod dum filiusfamilias disponit de bonis maternis*, *teneatur* solum *patri relinquere*

(1) *In supplem. Compend. decis. V. testamentum conditum per filium pag. 636. column. 3. in fin.*

(2) *Decis.* 552. *n.* 22.

(3) *Decis.* 537. *n.* 19.

(4) *D. Decis. n.* 20.

re bonorum subsidium ; ergo eodem modo, dum disponit de bonis paternis, teneatur tantum *relinquere bonorum subsidium matri; siquidem negatur consequentia, & ratio negationis est, quia in patre hoc invenitur dispositum in Consuetudine Filiusfamilias... Sed in matre, & parentibus maternis contrarium invenitur dispositum... Confirmatur, quia nunc non disponit, ut filiusfamilias, mater enim non habet illum in potestate, sed disponit tamquam paterfamilias, nempe ut agnatus, & cognatus, & consequenter cessat dispositio Consuetudinis Filiusfamilias, quæ est personalis quoad filiosfamilias, & quoad parentes paternos tantum, & consequenter dum est agnatus, & cognatus, debet servare dispositionem aliarum Consuetudinum, nempe Consuetudinis Et si testator, ut solum de medietate disponat, prout etiam existente patre, de sola medietate disponit, quoad parentes maternos; & sic decipitur Pisanellus, dum ait esse eamdem rationem in parentibus paternis, & maternis, cum sit admodum diversa, ut ex dictis patet* (1).

Non sappiamo però, se Pianelli, o il Gaeta siasi ingannato: e se veramente il Gaeta abbia voluto dire quel, che si crede aver detto. Comunque sia, Stefano di Gaeta, secondo il Molfesio, non parlò, che del solo figliuol di famiglia: nè si contraddice punto, come i difensori della Duchessa han creduto, il Molfesio nel num. 20. della detta questione, ove dice. *Filiusfamilias potest instituere parentes, qui ab intestato non succederent*; poichè ei parla di figlio di famiglia, che vuol dire uomo *sub patria potestate*, il quale può aver beni pervenutigli, o dalla stessa madre, o da' materni congiunti, nelli quali può istituir erede il padre, e la madre, l'avo paterno, ed il materno: nè è necessario, che muoja la madre, perchè il figlio possegga beni pervenutigli dal lato materno, mentre gli ha potuti acquistare per disposizione di un congiunto materno, o della madre medesima, tutto che viva.

La stessa ragione di differenza non potè negarsi nè pure da Gio.

(1) *Molfes. P. IV. qu. 46. n. 48. seqq.*

Gio: Domenico Pansuto, sommo partigiano del consiglio di Stefano di Gaeta: *Nec obstare potest, quod Consuetudo Filiusfamilias, quæ ipsi filio facultatem permittit, sit redacta in scriptis, unde quando matrimonium sit contractum secundum novum usum, videatur, quod Consuetudo non prosit, & sic remanere debeat filius intestabilis. Nam huic facile responsum præbemus, scilicet per dictam Consuetudinem filiumfamilias fuisse effectum simpliciter testamenti factionis capacem, nec referre secundum quem usum matrimonium fuerit contractum. Ita expresse voluisse videtur Stephanum de Cajeta in dicta Consuetudine, dum in tali casu dat etiam patri cautelam, quod faciat se a filio jam pubere institui; & magis clare Minadous decis.* 38. (1).

Giuseppe Sorge difese il Principe di Tarsia, istituito erede da sua figlia, in esclusione de'di lei legittimi successori *ex parte matris*, e per ottener la vittoria, la medesima differenza fece al S. C. notare. *Ulterius dicebatur, controversiam prædictam in terminis Consuetudinis Et si testator non esse adplicabilem ad casum, cum Consuetudo prædicta loquatur dumtaxat de illis civibus Neapolitanis, qui sunt sui juris, non vero de filiisfamilias, nec habilitavit ad conficiendum testamentum ipsos filios, quibus de jure Communi expresse hoc reperitur vetitum, & prohibitum, quique non fuerunt habilitati ad disponendum, & testandum de bonis maternis jure Consuetudinario hujus Civitatis vigore dictæ Consuetudinis Et si testator, sed vigore Consuetudinis Filiusfamilias sub titulo de Filiisfamilias volentibus testari; quapropter dicebatur causam prædictam examinandam esse, non jam in terminis Consuetudinis Et si testator, sed in terminis Consuetudinis Filiusfamilias, & discutiendum, quomodo, & quibus conditionibus habilitavit filiosfamilias ad testandum, & qualiter interpretata fuit per glossatores, & in foro intellecta. Gravis fuit inter Doctores controversia, an filiusfamilias, vigore dictæ Consuetudinis habilitatus ad testandum de bonis maternis, possit de in-*

(1) *Controv.* 17. *n.* 50. *Vol. I.*

integris bonis testari, an vero dumtaxat de medietate . . . Videtur hæc controversia decisa, & determinata per glossam ipsius Napodani. . . Idipsum affirmavit Antonius Capycius (1) . Il S. C. decise a pro del Principe di Tarsia , non già per lo consiglio di Stefano di Gaeta, ma perchè i beni materni avean cambiata natura, ed eran divenuti paterni, imperciocchè era in detti beni succeduto il fratello della testatrice *cum onere dotandi sororem :* quindi, morto il fratello, era lei al medesimo succeduta ; onde i beni non eran più materni , ma fraterni ; ed il peso , ed il debito di dotare si era estinto, e confuso, allor che morto il fratello, la sorella medesima era succeduta ; sicchè i beni antichi spettavano al prossimiore *ex parte fratris*, ch' era il padre , e non già a' prossimiori *ex parte matris* (2).

Non giova dunque alla Duchessa D.Clelia confonder cosa con cosa, e produrre autorità di Dottori, i quali, o parlan del figlio di famiglia in potestà, che istituisce erede ne'beni materni o il padre , o altri suoi genitori paterni , o materni (3), ovvero con poca accuratezza han favellato, confondendo il vero sistema, e la vera dottrina del Gaeta. Cessi anche di allegar decisioni , poichè decisioni non p el caso suo , ma solo contro di se ritrova : mentre abbiam veduto, che nè la decisione di Girolamo Funati , nè quella, che *aliud perquirendo* vide il de Rosa , nè l' ultima riferita dal Sorge, fanno al caso, sì perchè fu di altri motivi fondate, sì anche perchè non vi ha esempio d' essersi nel foro il consiglio di Stefano di Gaeta adottato in pro del-

(1) *In jurispr. Forens. Tom. VI. cap.* 14. *n.* 15. *seq.*

(2) *V. Napodan. ad Cons. Si quis, vel si qua, V. materna n.* 239. & 241. *Stephan. de Cajeta in apostill. Si ergo sib n.* 241 , e così il S. C. decise , come attestano il Capicio *in glos. Ista apostilla*, e Marino Freccia *in glos. Vide Napodanum eod.*

(3) *L' Altimari* rapportato nell' allegazione manoscritta della Duchessa parla del padre.

della madre. Nè conto alcuno noi tener dobbiamo di quelle frivole, ed inconseguenti ragioni, cioè che col testamento la madre si rende di nuovo non solo succeditrice del testamento, ma anche erede legittima, e che la rinuncia cessa del tutto, quando il figliuolo fa testamento, le quali cose si sono fino all'ultima evidenza di sopra già confutate.

MA uopo è rimuovere un'altra difficoltà. Si potrebbe dire, che D. Vittoria Caracciolo, ava del Duca D. Vincenzo, contrasse anche i capitoli all'uso di Capuana e Nido (quali per altro non si sono nè pure esibiti, tanto poco fondamento su questa difficoltà si ritrova), onde sia il Duca di Castelluccio nelle stesse acque di D. Clelia Caracciolo. Quest' argomento sarebbe veramente puerile, poichè nè si tratta della persona, che ha rinunciato, nè precisamente della successione rinunciata. Non è la persona rinunciante, nè un di lei erede, che vuol succedere al Duca D. Vincenzo: la rinunciante fu D. Vittoria Caracciolo, ed il di lei erede fu lo stesso Duca D. Vincenzo; ma è un di lui congiunto, ed un congiunto di suo padre, che chiede succedergli, non per intermezza persona di D. Vittoria, ma *ex propria persona*, pe' dritti di prossimità, e per le ragioni della parentela, e del sangue; ed è un discorso materiale quello di credersi un inconveniente, che potendo la madre escludere per avventura l'ava del defunto, per esser ambedue di uno stesso impedimento accagionate (il che per altro è falso, siccome or ora dimostreremo) non possa poi escludere i più rimoti congiunti dal lato dell' ava rinunciante, mentre inconveniente potrebbe ciò dirsi, se l'ava fosse impedita per una ragione nativa, e non già per la propria rinuncia, la quale, supponendo in lei insito il dritto di succedere, ma rifiutato, esclude la sua persona, e non gli altri congiunti, che dopo la di lei morte succedono, i quali non han rinunciato con lei,

nè

nè hanno qualità ereditaria, ond'esser tenuti al fatto della medesima (1).

In fatti così il S. C. ha sempre deciso. *Adverte* (scrive il Provenzale) *dicta de exclusione descendentium, & ascendentium eorum, qui renunciarunt secundum hunc usum, procedere vivis renunciantibus, nam si decessissent, considerari deberent venientes ab intestato, non uti heredes, successoresque renunciantium, sed ex propria eorum persona, quorum conditio ex facto renunciantium deterior fieri non poterit, ex decis. 62. D. Præsidis de Franchis, junctis traditis per Consiliarium Theodor. Alleg. l. n. 20. & 75., ac per Guttierez*. Ed oltre alla decisione del de Franchis, altra fatta a' tempi suoi dal S. C. rapporta. *Et fuit nostris temporibus ita decisum in causa magnifici Jo. Vincen-*

(1) La rinuncia è un impedimento personale, che nasce, e muore colla persona rinunciante; e per obbligar gli eredi, qualora si apre la successione dopo la morte della riunanciante, s'introdusse la cautela, detta di Maranta, quale mancando, gli stessi eredi non son tenuti, nè osta lor la rinuncia. *Maranta disp. 10. n. 8. Renunciatio matris habet tacitam conditionem annexam, si successio ei deferatur ... Quando soror renuncians moritur ante eum, de cujus hereditate agitur, filii subintrant statim locum matris, non ex persona matris, sed ex persona propria, ex beneficio legis in auth. Cessante Cod. de legitimis heredibus. N. 34. Filii non petunt illud, quod matri spectavit, nam non veniunt ex persona matris, sed ex propria, & sic non contraveniunt, quia non petunt jus matris, quod fuit renunciatum, sed jus proprium, cui renunciatum non fuit, nec illud habent ut heredes, ergo non sunt ligati ad hoc... Mater renunciavit jus ad eam spectans, vel spectaturum, sed ad ipsam nunquam aliquod jus spectavit, quia fuit morte præventa; ergo filii in nihilum contraveniunt ... Præterea quia non fuit impleta conditio, quia hereditas non fuit delata, remanet renunciatio pro non facta.*

centii Como, Baronis Casalis novi, & fratrum, cum Magn. D.Scipione Filomarino, contendentium super bonis, & hereditate qu. Andreæ Filomarino: objecta etenim per dictum Scipionem renunciatione facta per matrem dicti Andreæ, cujus ex parte conjuncti erant prædicti de Como, non fuit renunciationis habita ratio, ex quo defecerat mater in vita dicti Andreæ, fueruntque admissi fratres de Como per S.C., cum interventu bonæ memoriæ Dom. Præsidis Ursini. Et juxta hæc puto debere intelligi quæ in articulo nostro scribit Consiliarius de Georgio alleg. 25. a n. 41.(1)

Ma fingasi, che D. Vittoria Caracciolo stessa aspirasse alla successione colla Duchessa D. Clelia, e dovendo il Duca D. Vincenzo restituire i suoi beni a' più prossimi congiunti per parte di suo padre, concorressero la madre, e la moglie di suo padre; hanno entrambe, è vero, rinunciato, e perciò ragion vuole, che ambe le rinuncie debban valere, nè vi ha ragione, per cui debban cessare. Deesi perciò succedere, atteso tali rinuncie, non per diritto Comune, ma Consuetudinario, con successìon lineale. Chi è mai il prossimiore *ex parte patris*? Certamente la madre del padre, e non la moglie, ch' era un' affine del padre. Qui non si tratta, chi sia al defunto prossimiore semplicemente, ma chi gli sia prossimiore *ex parte patris. Per istam Consuetudinem non vocantur proximiores morientis, sed proximiores lineæ* (2), val dire, che si dee andare in cerca del parente del padre del defunto, e l' ava paterna appunto dicesi *in linea ascendenti paterna* (3), siccome si è da noi dimostrato. Quindi l' eccezione della rinuncia è operativa contra la Duchessa D. Clelia, perchè della successione del figlio si tratta *in bonis paternis*, a cui ha ella rinunciato; non sarebbe operativa contra D. Vittoria Caracciolo, poichè non si questiona de' beni del figlio, ma del nipo-

te;

(1) *In obs. & glos. ad Cons. Neap. obs.* 25. *n.* 29.

(2) *Car. de Rosa ad Cons. Si quis, vel si qua n.* 351.

(3) *Pisanell. ad Cons. Filiusfamilias glos. Ista glossa sub n.*11.

te, e la rinuncia non si estende da persona a persona, quando specialmente la rinunciante ha cambiata qualità, succedendo per diverso dritto, cioè per la presunta volontà di suo figlio, e per un diverso attacco di parentela, come congiunta al nipote *ex parte patris*, non ostante, che prima era al figlio congiunta *ex parte matris*; per lo che il S.C., come attesta il de Franchis, più volte decise, che la rinuncia, fatta dalla donna a'beni paterni, non si estende a' beni fraterni, quantunque siano al fratello derivati dal padre, perchè beni più paterni non sono, ma fraterni già divenuti (1); ed il Reggente Rovito scrive ne' termini del caso nostro, che la rinuncia della madre alla successione del figlio non si estende al nipote ne' beni, che sono dall'istesso figlio al nipote pervenuti, perchè mutata la persona, cambiata si è anche la qualità de' beni, che da paterni proprio patrimonio del figlio son divenuti (2). Adun-

(1) *Decis.* 171.

(2) *Principissa mater habuit hæc bona ex successione Comitis sui patris, quæ quidem bona licet ante aditam hereditatem ab ipsa Principissa potuissent dici hereditaria paterna, tamen post aditam hereditatem fuerunt effecta bona propria ipsius Principissæ, nec amplius dici poterant paterna juxta l.* 1. *§. veteres ff. de adqu. possess. Quod adeo indubitatum est, ut Jaso dixerit, quod stante statuto, quod filia dotata excludatur a bonis paternis, non excludatur ab hereditate fratris, licet in ea adsint bona, quæ ad fratrem pervenerunt ex hereditate patris, secundum quam opinionem pluries judicavit S.C., teste de Franchis decis.* 171., *qui propterea subdit non esse de hoc amplius dubitandum, & ex eodem textu emanavit alia conclusio, quod renunciatio facta de bonis paternis non comprehendit bona, quæ ex patre provenerunt ad fratres, quia hæc dicuntur fraterna, non amplius paterna: ratio est, quia per mutationem personæ a patre in filiam, mutatur conditio rei, vel licet proveniant a patre, non tamen dicuntur amplius paterna, sed propria ipsius filiæ. Cons.* 100. *n.*4. *seqq. vol.* 1.

ADunque la somma delle cose in ciò si riduce. La causa presente poggia su di tre popofizioni, ed assiomi incontrastabili. I. Il padre, e la madre col patto di Capuana e Nido *tolluntur de medio legitimæ successionis*, *ac si essent mortui*. II. Il cittadino Napolitano non può disporre, che della metà de' beni antichi. III. Nell'altra metà si succede *ab intestato*, e posson solo aspirarvi i prossimiori, a' quali spetta la legittima successione consuetudinaria. Chi non nega questi tre assiomi, non può negare le conseguenze, che ne derivano; ed uno scettico solo può dubitarne, o chi è ospite nel diritto Consuetudinario può esitare per un momento in determinarsi a seconda di queste innegabili verità.

Abbiamo esaminata a bastanza la contesa fra il Duca di Castelluccio, e la Duchessa D.Clelia; trascorreremo ora brevemente le pretensioni degli altri contendenti.

Pretensione della Principessa di Marsico Vetere, e de' Signori fratelli Dentice.

SOn comparsi in giudizio la Principessa di Marsico Vetere D.Laura Caracciolo, sorella della Duchessa D.Clelia, il Principe Dentice, ed il Conte Massarenghi, figli della Principessa D. Maria Francesca Caracciolo, altra sorella di D. Clelia. Ma che pretendon essi su i beni paterni del defunto Duca D. Vincenzo Arcamone? Suppongono, che la sola esistenza della madre, quando anche non possa succedere, faccia cessare la successione Consuetudinaria, e che abbiasi a succedere nella metà antica per diritto Comune; onde senza distinzione di beni i più prossimi al defunto debbansi preferire, quindi non osti, nè alla Principessa di Marsico Vetere, nè a'Signori fratelli Dentice, d'esser congiunti del lato materno, per aspirare alla successione de' beni di linea paterna. Ma primieramente chiediamo, secondo tal raziocinio, com'entrano qui i Signori Dentice, che sono consobrini, quando son preceduti dalla Principessa di Marsico Vetere, matertera del defunto, ch'è

ch' è in grado più proſſimo di loro ! Se ſi ſuccede per dritto comune a lor linguaggio, il più proſſimo congiunto dev' eſcludere il remoto: ma ſi comprende, ch' eſſi ſon comparſi per ſoſtenere l'erede ſcritta, affinchè ſi alienaſſe così la mente de' giudici fra tanti pretenſori. Riſpondiamo dunque alla ſola Principeſſa di Marſico Vetere, che il di lei raziocinio è fallace in tutte le ſue parti. Ed in prima non è vero, ch' eſiſtendo il padre, e la madre in mezzo, ceſſin del tutto le Conſuetudini, e ſi faccia luogo alla ſucceſſione del dritto Comune, poichè ciò è vero ſolo relativamente al padre, ed alla madre, *quoad ipſum patrem, & matrem, & in eorum beneficium tantum* (1), cioè ch' eſſi non ſono eſcluſi; ma non in rapporto agli altri congiunti. Così una tal maſſima viene eſpoſta dal Napodano (2), ed è ſtata ſempre inteſa da' noſtri prudenti, ſiccome atteſtano il Preſidente de Franchis (3), Felice dei Roſſi (4), e Gio: Battiſta Migliore preſſo il Rovito (5), e l'avverte, ſecondo l'unanime ſentimento de' noſtri, Carlo de Roſa: *Et adverte, quod vulgatum illud, patre, & matre exiſtente in medio, non habere locum Conſuetudines, intelligi debet, quod reſpectu ipſorum parentum tantum ceſſat Conſuetudo, ita ut ipſi ſuccedunt filio de jure Communi, & excludunt proximiores; non quod in alio Conſuetudinis diſpoſitio ſit immutata* (6), ed il Montano. *Succeſſio, quoad patrem, & matrem exiſtentem, defertur de jure Communi, & quoad proximiores ex latere bonorum ſucceditur de jure Conſuetudinario quoad medietatem* (7). Quindi co' genitori concorrono i ſoli fratelli conſanguinei del

---

(1) *Montan. Controv. I. n. 28., & 64.*
(2) *Ad Conſ. Si quis, vel ſi qua n. 226.*
(3) *Deciſ. 96. n. 8.*
(4) *In Conſ. Si quis, vel ſi qua, in addit.*
(5) *Conſ. 28. Tom. 2. n. 2.*
(6) *In Conſ. Si quis, vel ſi qua n. 512. in fin.*
(7) *Controv. I. n. 26.*

del defunto, ed i fratelli escludono le sorelle, il che non avviene per dritto Comune: sicchè con doppio dritto si succede, il padre, e la madre succedon per dritto Comune, ma gli altri congiunti per dritto Consuetudinario.

In oltre il patto di Capuana e Nido non ad altro oggetto è stato introdotto, se non se per non far cessare la successione Consuetudinaria (1), non già che tolta di mezzo la madre, debba subentrare la di lei sorella, o altro rimoto congiunto del medesimo lato materno, il che sarebbe una somma ingiustizia, ed una irragionevole offesa, che alla madre si farebbe. Sarebbe questa in sostanza la giurisprudenza de' stupidi; onde parlando di un tal capriccio Giuseppe de Rosa così riflette. *Dum igitur quærimus, mortuis filiis ab intestato absque liberis, qui debeant in dotibus, aliisque bonis maternis succedere secundum novum usum; jam hoc explicavit Napodanus omnium primus, esse proximiores heredes mulieris . . . Cum igitur novus usus sit desumptus ex hac theorica Napodani, ut bene observat Franchis, Marinis, de Georgio, & Provenzalis, certe successores in dotibus, aliisque bonis maternis, erunt proximiores mulieris, parentibus invicem exclusis, ut ita hunc novum usum omnes nostrates retulerunt . . . alioquin non esset inventus hic novus mos ad supplendam, & ampliandam Consuetudinem, sed potius ad destruendam, si alios successores vocaret, quam Consuetudo vocat . . . Jam non suppleret, & adjuvaret Consuetudinem in scriptis redactam, sed omnino destrueret, nec operaretur, ut illa locum habeat, etiam patre, vel matre existente in medio, ad quod fuit hic usus inventus, & omnes dicunt; quin potius operaretur, ut Consuetudo locum non haberet, etiam patre in medio non existente . . . . Manet igitur inconcussum, quod usus Capuanæ & Nidi nihil aliud continet, quam mutuam extin-*

(1) *De Franchis Decis. 537. n.3. Per eum admittuntur proximiores ex parte patris in bonis paternis, & proximiores ex parte matris in bonis maternis, patre, & matre exclusis.*

extinctivam parentum renunciationem successioni filiorum, ut iis pactione exclusis, fiat locus Consuetudini Si quis, vel si qua; iique succedant, qui secundum eam Consuetudinem succedere deberent (1).

Ma oppone la Principessa di Marsico Vetere, che per ragion di reciprocazione debba ella succedere, conciossiachè morendo essa senz'altri congiunti, sarebbe il Duca D. Vincenzo a lei succeduto. Ciò è giusto; ma la reciprocazione la ritroverebbe, se non esistesse D. Clelia Caracciolo, imperocchè in tal caso ella, come prossimiore al defunto *ex parte matris* succederebbe ne' beni materni, e di linea materna, se ve ne fossero; ma non potrà aspirare a' beni paterni, per lo qual lato lei non è affatto congiunta.

Pretensione del Marchese di Acquaviva Carmignano.

IN fine si è fatto in giudizio il Marchese di Acquaviva Carmignano. Egli è realmente nello stesso grado del Duca di Castelluccio; imperciocchè è figlio di D. Giulia Caracciolo (altra sorella di D. Vittoria Caracciolo) maritata a D. Alfonso Carmignano Marchese di Acquaviva.

Ma non può egli succedere, perchè gli osta la rinuncia fatta dalla sua madre al Duca di Castelluccio D. Giuseppantonio Caracciolo, di lei fratello, ne' più ampj termini, che desiderar si possano per escludere i suoi discendenti dalla presente successione, e colla più larga cautela da Maranta dettata; imperciocchè ella ne' Capitoli matrimoniali, che furono stipulati nel 1729., rinunciò *a tutte le successioni, che se le devolvessero ab intestato solamente, per eredità, successione, e linea sua paterna, materna, fraterna, sororia, zierna, patruorum, & avunculorum, ac amitarum, materterarum, & avitæ utriusque . . . e tanto per linea diretta, come collaterale, seu transversale, in quocumque gradu, & aliter, undecumque, quomodocumque, qualitercumque, & a quocumque, etiam jure Consuetudinario di* que-

(1) *Consult.* 5. *n.* 68. 69. 74. *& in fin.*

questa Città di Napoli, *&* *quovis alio jure*, *&* *Consuetudine*, *ed altre cause cognite*, *ed incognite*, *per le quali tanto detta Signora D. Giulia*, *quanto li suoi figli nascituri*, *e descendenti potessero pretendere ex propria persona . . . . ancorchè l'eredità*, *e successioni se li deferissero dopo la morte di detta Signora D. Giulia*, ed il Marchese Acquaviva se ne obbligò all'intera osservanza *in bonis propriis* (1), di cui è l'attual Marchese figlio, ed erede.

Sicchè dal tenore della rinuncia si vede, che alla presente successione è stato generalmente rinunciato: generalmente in quelle ampie espressioni di successioni *per linea collaterale in quocumque gradu*, *undecumque*, *quomodocumque*, *&* *a quocumque*, *etiam jure Consuetudinario*, *e per altre cause cognite*, *&* *incognite*: specialmente poi si è rinunciato alle successioni di linea *materterarum*, della quale successione oggidì si tratta, proveniente in rapporto al Marchese di Acquaviva *ex linea* della matertera, cioè della sorella della madre. Adunque come egli può aspirare ad una successione, a cui hanno i suoi genitori per se, e per li loro discendenti, non solo generalmente, ma anche specificamente rinunciato? Sicchè gli vien chiusa del tutto la bocca, nè ha eccezione da addurre, nè dubbio da promovere, se la rinuncia a questa successione si estenda, quando, oltre ad una generalità di espressioni, che non ammette restrizione veruna, vi è anche fatta special menzione di que' gradi, e specie di successioni, delle quali ora si questiona. E per tai motivi egli non si è brigato di compilare il termine, e sembra, che in giudizio non faccia più parte.

Epilogo.

RAccogliam qui le vele, dopo avere con quella evidenza, che portano in fronte impressa le cause giuste, dimostrato in prima, che il Duca di Castelluccio sia l'unico prossimiore *ex parte patris* del defunto Duca di S. Demetrio D. Vincenzo Arcamone, a cui la metà consuetudi-

(1) *Fol.*

dinaria ne' di costui beni paterni si appartiene; in secondo luogo, che non può la Duchessa D.Clelia Caracciolo, madre, ed erede dal detto defunto Duca D. Vincenzo istituita, fargli ostacolo, per non potervi ella aspirare, atteso i suoi capitoli matrimoniali secondo l' uso delle Piazze di Capuana, e Nido, mercè i quali estranea si rese dalla legittima successione ne' beni paterni di suo figlio, per dar luogo a' congiunti di D. Niccola Arcamone di lei marito; e che il testamento non può farle ricuperare, in pregiudizio de' successori consuetudinarj, che in di lei luogo son subentrati, gli estinti dritti di prossimità, e di legittima successione ne' beni paterni di suo figlio. Abbiamo poi brevemente additato, che in questa successione sono affatto estranei e la Principessa di Marsico Vetere, ed i signori fratelli Dentice; e finalmente che il Marchese Acquaviva Carmignano non può concorrere col Duca di Castelluccio, in di cui beneficio suo padre, e sua madre, de' quali egli è erede, hanno questa successione anche in nome de' loro discendenti specialmente rinunciata.

Per la qual cosa dal S. C. ci auguriamo, (e la nostra speme non sarà vana) che rimossa ogni ingiusta contraddizione, diasi al Duca di Castelluccio D. Gio. Francesco Caracciolo, unico congiunto all' ultimo estinto Duca di S. Demetrio D. Vincenzo Arcamone *ex parte patris*, la spettanza della metà de' beni, che ha costui dal padre ereditati, potendosi la Duchessa D. Clelia, che non ha figli, nè obbligazioni, contentar finalmente di prendersi una metà de' beni in forza di un invalido, ed illegittimo testamento, in cui non veggonsi le solennità della legge affatto serbate, e di non invidiare al paterno congiunto del fu Duca D. Vincenzo, le cui circostanze esigono molta maggior considerazione, l' altra metà, che per ogni diritto gli appartiene.

Napoli 29. Dicembre 1801.

Andrea Pecoraro.
Francesco Bilotti.
Felice Parrilli.
Francesco Magliano.